THÈSE DE
POITIERS.
18
N°.

CULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DROIT ROMAIN

—

DES

GARANTIES ACCORDÉES AUX PUPILLES

CONTRE LA GESTION DES TUTEURS

DROIT FRANÇAIS

—

DES

MESURES DE PROTECTION DES MINEURS

ET DES INTERDITS EN DROIT INTERNATIONAL

ÉTUDE SUR LES CONFLITS DE LOIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Fernand CAILLAUD

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13
—
1894

THÈSE DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. LE COURTOIS, (I ✿.), Doyen, Professeur de Code civil.
DUCROCQ, (✲, I ✿.), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, correspondant de l'Institut.
THÉZARD, (I ✿), Doyen honoraire, Professeur de Code civil, Sénateur.
ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, (I ✿), Professeur de Code civil.
NORMAND, (I ✿), Professeur de Droit criminel.
PARENTEAU-DUBEUGNON, (I ✿), Professeur de procédure civile.
ARTHUYS, (I ✿), Professeur de Droit commercial.
BONNET, (I ✿), Professeur de Droit romain.
PETIT, (I ✿), Professeur de Droit romain.
BARRILLEAU, (I ✿), Professeur de Droit administratif, assesseur du Doyen.
BRISSONNET, (I ✿), Professeur d'Économie politique.
SURVILLE, (A ✿), Professeur de Droit International public et privé.
MICHON, Agrégé, chargé du Cours d'histoire générale du Droit français et des éléments du Droit constitutionnel.
GIRAULT, Chargé des fonctions d'agrégé, chargé de cours.
MORAND, Chargé des fonctions d'agrégé, chargé de cours.
COULON, (I ✿), Secrétaire.

COMMISSION

Président : MM. SURVILLE.

Suffragants.. { ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, PETIT } *Professeurs* ; MICHON *Agrégé*.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DROIT ROMAIN

DES

GARANTIES ACCORDÉES AUX PUPILLES

CONTRE LA GESTION DES TUTEURS

DROIT FRANÇAIS

DES

MESURES DE PROTECTION DES MINEURS

ET DES INTERDITS EN DROIT INTERNATIONAL

ÉTUDE SUR LES CONFLITS DE LOIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Mardi 8 Mai 1894, à 3 heures du soir.

PAR

Fernand CAILLAUD

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1894

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547322_0032

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

A MA SŒUR ET A MON BEAU-FRÈRE

A MA NIÈCE ET FILLEULE

—

Meis et amicis.

DROIT ROMAIN

—

DES

GARANTIES ACCORDÉES AUX PUPILLES

CONTRE LA GESTION DES TUTEURS

DROIT ROMAIN

DES

GARANTIES ACCORDÉES AUX PUPILLES

CONTRE LA GESTION DES TUTEURS

INTRODUCTION

Je me propose dans cette étude de rechercher et d'exposer les garanties qui furent successivement accordées, dans le droit romain, aux pupilles contre la gestion des tuteurs.

A l'origine, ces garanties paraissent avoir été purement morales, ce qui s'explique par le caractère de la tutelle légitime, la seule qui ait été tout d'abord en usage. Comme elle constitue un véritable droit de famille, il est naturel qu'aucune entrave ne soit mise à la liberté d'action des parents qui en sont investis. L'autorité de la religion, la simplicité des mœurs et la défaveur dont étaient frappés ceux qui violaient la *fides* exigée par

l'opinion envers les faibles et les incapables, suffisaient pour la sauvegarde de leurs droits (1).

Le père de famille put bientôt, il est vrai, grâce à la liberté de tester, choisir les personnes à qui il désirait que la protection de ses enfants fût remise après sa mort, et par un effet de l'autorité que les Romains attachèrent toujours aux manifestations de la puissance paternelle, la tutelle ainsi déférée l'emporta sur la tutelle légitime. Mais la confiance dont ils étaient l'objet attestait suffisamment la fidélité et la probité de ces nouveaux tuteurs pour qu'il ne fût pris contre eux aucune mesure de suspicion.

Les premières dispositions édictées dans le but de sanctionner juridiquement les obligations des tuteurs apparaissent dans la loi des XII Tables et il est à remarquer qu'elles ont un caractère répressif. Le législateur ne prend pas de précautions contre eux ; il se contente de frapper comme des dépositaires infidèles ceux qui ont spolié leurs pupilles et méconnu ainsi un des devoirs les plus sacrés.

Plus tard, vers le cinquième siècle, lorsque, par suite de l'agrandissement de la cité et de la dispersion des familles, les cas se présentèrent de plus en plus nombreux où des impubères ne trouvant pas à s'abriter sous les deux modes anciens de la tutelle, étaient exposés à rester sans défense, les magistrats furent investis du droit de leur choisir eux-mêmes des protecteurs. Les mêmes

(1) La tutelle et la curatelle ont, à leurs débuts, présenté des caractères qu'elles avaient déjà perdus à l'époque des Jurisconsultes classiques et qu'elles n'ont pas recouvrés depuis. Elles étaient des institutions exclusivement familiales ; elles étaient organisées dans l'intérêt collectif de la famille, elles donnaient à leurs titulaires de grands pouvoirs et elles n'engendraient pas de rapports juridiques entre les incapables et leurs protecteurs. (Gérardin. — *La tutelle et la curatelle dans l'ancien Droit Romain*, p. 1).

motifs n'existent plus alors de maintenir au profit de ceux-ci les privilèges des tuteurs testamentaires ou légitimes ; d'autre part, la notion de la tutelle se modifie d'une façon générale ; on tend à lui restituer son véritable caractère, c'est-à-dire, à l'envisager comme un devoir, une charge pour celui qui est appelé à l'exercer et un droit au profit de l'incapable seul. Malgré ces considérations, en raison peut-être de la répugnance que les Romains éprouvent à transformer leurs institutions juridiques, on ne rencontre pendant longtemps encore aucune mesure ayant pour but de tracer des limites aux pouvoirs des tuteurs ou d'imposer à ceux-ci des garanties positives.

Quelques progrès s'accomplissent cependant : l'un d'eux résulte de la distinction qui s'est introduite entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux : le tuteur se voit interdire toute libéralité avec les biens de l'impubère. Il conserve toujours à la vérité le droit de faire tous les actes autres que les donations, sans distinguer entre ceux qui sont de pure administration et les actes de disposition ; mais, par une restriction nouvelle, ces derniers ne sont valables que s'ils ont été accomplis dans l'intérêt du pupille *ad utilitatem pupilli* ; s'ils l'ont été dans le dessein de lui nuire, ils sont frappés de nullité. Enfin l'obligation pour le tuteur de faire emploi des capitaux de l'impubère, s'affirme avec plus de force ; le magistrat intervient même pour déterminer cet emploi et ordonner provisoirement le dépôt de l'argent (1).

(1) Les prêteurs ont coutume (*solent*) de menacer les tuteurs de leur faire payer des *legitimæ usuræ*, s'ils n'obéissent pas ou s'ils n'obéissent que tardivement à leur ordre sur ce point (Ulpien. L. 7 § 7 D. 26.7).

La tutelle n'emporte plus seulement pour celui qui en est chargé le devoir de conserver intact le patrimoine de l'impubère, il doit aussi l'augmenter dans la mesure du possible. Contraint par le prêteur de gérer, ce qui pendant longtemps avait été pour lui une simple faculté, il cesse d'être exclusivement gardien pour devenir administrateur forcé.

Un danger permanent continuait à résulter pour les pupilles de la liberté et même de l'obligation qu'avaient les tuteurs d'aliéner leurs biens et de les convertir en capitaux dont ils pouvaient être tentés de se servir pour leur usage personnel, la rigueur des *legitimæ usuræ* n'étant pas faite pour intimider ceux d'entre eux dont le crédit personnel était épuisé. Les coupables s'exposaient bien, le cas échéant, aux peines découlant du *crimen suspecti* et de l'*actio de rationibus distrahendis*, mais si leur insolvabilité devenait complète, la fortune de leurs protégés avait disparu sans retour. De plus, cette dernière action, la seule efficace, ne se donnait pas contre les héritiers du tuteur.

Il est probable que dans la décadence des mœurs qui marque déjà la fin de la République et les commencements de l'Empire, de nombreux abus se produisirent au point de vue que je viens d'indiquer. Certes l'opinion publique exalte toujours les devoirs des protecteurs des incapables, et Horace nous dit que le véritable poète ne méditera pas d'embûches contre son pupille et ne dévorera pas sa fortune (1) ; en réalité le mal d'argent exerce dans la société romaine de terribles ravages (2) et, dans ses anathèmes

(1) *Épitres*. Livre II. *Épitre* I.

(2) Voir l'ouvrage de M. Martha : *Les moralistes sous l'Empire Romain. — La société romaine*, p. 321 et s.

contre la corruption de son temps, Juvénal dénonce à plusieurs reprises le scandale que ne craignent pas de donner les tuteurs infidèles (1). C'est à cette époque que l'on peut signaler l'apparition des principales garanties préventives qui furent créées en faveur des pupilles et qui paraissent résulter de Constitutions impériales : la *cautio rem pupilli salvam fore* et l'*actio subsidiaria* qui en est la conséquence, le *privilegium* et enfin l'*hypothèque légale spéciale*, point de départ de l'*hypothèque légale générale* qui fût organisée plus tard.

Les jurisconsultes furent également frappés de l'avantage qu'offrirait pour les impubères la conservation en nature de leurs immeubles. Réalisant un progrès décisif dans cet ordre d'idées, l'Oratio Severi vint, mutilant leurs pouvoirs, interdire aux tuteurs l'aliénation de ceux de ces immeubles qui étaient à la fois d'un entretien facile et d'un rapport avantageux, les *prædia rustica vel suburbana*, hormis dans certains cas expressément prévus par le Sénatus-Consulte, et sous la condition de l'autorisation préalable du magistrat dont l'intervention prit ainsi une importance prépondérante dans le mécanisme de la tutelle. Plus tard Constantin, généralisant cette interdiction, l'étendra à toutes les choses des pupilles, même aux objets mobiliers et sa Constitution de l'année 326 marquera ainsi la fin de l'évolution des pouvoirs des tuteurs sur les biens des impubères. Réduits désormais au rôle exclusif de simples administrateurs pour le compte d'autrui, également responsables de leur inaction (2) et de leurs fautes, menacés par toute une série de voies de

(1) *Satires* I, V. 45.— X, V. 23. — XV, V. 135.

(2) C'est sous Marc-Aurèle qu'avait été créée *l'actio utilis* destinée à les faire condamner pour *cessatio tutelæ*.

recours dirigées contre eux, ayant leur patrimoine grevé d'un *privilegium* et d'une *hypothèque légale*, ils pourront difficilement négliger ou dilapider les fortunes confiées à leur garde.

On ne rencontre plus dans les périodes suivantes que des dispositions ayant pour but de régler des points secondaires. Cependant on doit encore à Justinien quelques mesures importantes, inspirées du reste par des vues qui semblent contradictoires. Ainsi, tandis qu'il aggrave la suspicion dont les tuteurs sont l'objet en les obligeant à déclarer préalablement à leur entrée en fonctions s'ils sont créanciers ou débiteurs de leurs pupilles, d'autre part, il semble leur rendre quelque confiance en les autorisant à conserver en dépôt entre leurs mains les capitaux appartenant à ces derniers. Enfin, par un curieux retour aux idées primitives, l'empereur fait appel à leurs sentiments religieux pour les engager à remplir leurs devoirs et il décide même qu'ils auront, après leur nomination, à prêter le serment solennel de ne jamais oublier les intérêts de leurs pupilles.

Ces quelques brèves considérations suffiront à montrer quel est l'intérêt du sujet que j'ai à traiter : étudier en effet les garanties successives accordées aux pupilles contre les pouvoirs des tuteurs, c'est toucher, par un de ses côtés, à l'histoire de la famille et de la société romaines. Elles serviront aussi à en tracer les limites.

Je diviserai mon travail en trois chapitres.

Le premier comprendra l'examen des garanties qui résultent pour les pupilles des obligations imposées aux tuteurs à leur entrée en fonctions, notamment celles de

dresser inventaire et de fournir la *cautio rem pupilli salvam fore.*

Dans le second, j'étudierai les garanties qui existent au cours de la tutelle. Après un exposé succinct des pouvoirs des tuteurs je rechercherai les restrictions qui y ont été apportées au double point de vue du droit de disposer des biens des pupilles et de la liberté d'emploi des capitaux leur appartenant. J'y ajouterai l'exposé des règles du *crimen suspecti* et de la *suspension de la prescription.*

Dans le troisième, je grouperai les garanties accordées aux pupilles à la fin de la tutelle ; d'abord celles qui découlent des actions engendrées par la tutelle elle-même, dont l'objet est de contraindre le tuteur à rendre compte de son administration et à restituer le patrimoine confié à ses soins ; ensuite celles dont le but est d'assurer le pupille contre l'insolvabilité du tuteur et de sanctionner son obligation de restituer.

Je dirai aussi quelques mots de l'*in integrum restitutio*, cette institution prétorienne créée au profit des mineurs de vingt-cinq ans, et dont le bénéfice fut étendu aux pupilles eux-mêmes.

Enfin pour conclure, je tenterai d'esquisser, au point de vue de l'objet de cette étude, un rapprochement sommaire entre la tutelle romaine et la tutelle française moderne.

CHAPITRE PREMIER

GARANTIES RÉSULTANT POUR LES PUPILLES DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX TUTEURS A LEUR ENTRÉE EN FONCTIONS

Deux obligations pressantes s'imposent aux tuteurs à leur entrée en fonctions.

Ils doivent *faire inventaire* et *fournir caution.*

§ I^er

Inventaire

L'inventaire a un double but :

Établir la consistance exacte de la fortune du pupille au moment où commence la tutelle de façon qu'il ne puisse rien en être détourné.

Fournir au tuteur les éléments du compte qu'il aura à rendre un jour de son administration.

C'est le tuteur lui-même qui, *mox quàm fuerit ordinatus*, devra dresser, *solemniter*, *sub præsentia publicarum personarum*, l'inventaire de tous les biens et titres appartenant à son pupille. Je signalerai plus loin la mission de surveillance que Constantin assigna en cette circonstance aux esclaves de l'impubère.

L'inventaire terminé, il mettra en lieu sûr l'or, l'argent

et tout ce qui ne se détériore pas par l'action du temps ; il fera *ex mobilibus* l'acquisition d'immeubles convenables, et s'il n'en trouve pas, il veillera à ce que les fonds du pupille produisent des intérêts conformément aux règles en usage (L. 24. C. 5. 37).

Le tuteur qui ne dresse pas inventaire est présumé *dolo fecisse* : à moins qu'il ne prouve qu'il en a été empêché par un motif juste et nécessaire.

Il est de son intérêt de se conformer à la loi sur ce point ; car, si son dol est avéré, les restitutions qu'il aura à opérer à la fin de la tutelle seront fixées par le pupille lui-même sur la foi du serment (1).

Enfin, le tuteur qui n'a pas fait inventaire ne peut s'immiscer dans l'administration, si ce n'est pour pourvoir à un intérêt modique et urgent (L. 7 pr. D. 26. 7).

L'obligation de faire inventaire s'impose chaque fois que le pupille recueille une succession.

Justinien renouvelle aux tuteurs la défense expresse de toucher aux affaires des pupilles avant d'avoir accompli cette formalité : *nisi testatores qui substantiam transmittunt, specialiter inventorium conscribi vetuerunt*. Cette exception peut s'expliquer par cette considération, que la loi n'a pas à se montrer plus exigeante que le testateur sur les conditions dans lesquelles il lui plaît de disposer de sa fortune (2) ; elle est malgré tout, difficile à justifier, et à concilier avec la sévérité du traitement infligé aux tuteurs qui n'ont pas fait inventaire sans en être dispensés.

(1) Au cas de simple négligence, le montant de la condamnation serait déterminé par le juge (Accarias. — Précis I, p. 366).

(2) Il faut remarquer toutefois qu'une défense *expresse* du testateur est nécessaire.

Justinien en effet déclare que ces derniers doivent être destitués et qu'ils encourront, s'il y a lieu, les châtiments édictés contre les tuteurs suspects. De plus, ils seront notés d'infamie perpétuelle, et à leur égard la clémence impériale sera impuissante elle-même à effacer cette tache (L. 13 § 1. C. 5.51).

§ II

De la caution.

On ne peut dire à quelle époque précise fût introduite cette garantie en faveur des pupilles.

M. Accarias croit que sa création due au Préteur est contemporaine de la disparition de la loi Atilia (1). (Précis, I, p. 366).

Il résulte en effet d'un texte des Institutes (§ 3. 1. 20) que cette dernière loi (aussi bien que la loi Julia Titia) ne renfermait aucune disposition ayant pour objet d'obliger les tuteurs à fournir la caution *rem salvam pupillis fore.*

La caution est exigée *ne pupillorum pupillarumve et eorum qui quæve in curatione sunt, negotia a curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur* (Inst. pr. 1.24).

Tous les tuteurs sont astreints, en principe, à promettre de conserver intact le patrimoine de leurs pupilles, et à présenter des fidéjusseurs qui assurent par leur garantie accessoire l'effet de cette promesse.

En sont seuls dispensés :

(1) C'est sous Claude que le *jus dandi tutores* passa à Rome aux mains des Consuls, alors que précédemment la loi Atilia l'attribuait au préteur urbain.

Les tuteurs testamentaires.

Les tuteurs nommés par le magistrat *ex inquisitione.*

Les premiers sont protégés contre toute suspicion par la confiance que leur a témoignée le père de famille : *fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est.*

Pour les seconds l'enquête d'où ils sortent *idonei* atteste aussi leur fidélité (1).

En dehors de ces deux exceptions consacrées par la loi elle-même, la règle pouvait encore dans un cas spécial recevoir une atteinte.

Après avoir établi que d'après l'opinion générale, le patron et ses enfants doivent, comme tous les tuteurs légitimes, fournir caution, la loi 5, § 1 (D. 26. 4) ajoute qu'il est cependant préférable (*melius est*) que le préteur après examen des circonstances décide en connaissance de cause s'ils doivent ou non être assujettis à cette formalité : si la personne appelée à la tutelle est *honesta* et si la fortune du mineur est modique, le magistrat ne devra pas exiger la *satisdatio* ; il l'imposera au contraire, si le tuteur est *persona vulgaris, vel minus honesta.*

D'après la loi 4, § 2 (D. 46. 6) celui qui gère la fortune du pupille sans être revêtu légalement de la fonction de tuteur doit aussi donner caution. On comprend du reste que cette garantie soit ici plus nécessaire que dans les autres cas et soit exigée avec plus de rigueur.

Si le tuteur se refuse à remplir cette obligation, le magistrat l'y contraint au moyen d'une prise de gage sur ses biens au profit du pupille (Inst. § 3, 1. 24).

(1) En dehors des cas où elle a ordinairement lieu, l'enquête remplace la caution lorsque le pupille possède une grande fortune : le tuteur, en effet, n'eut pu trouver facilement des fidéjusseurs disposés à encourir d'aussi graves responsabilités.

Il résulte de plus d'une constitution des empereurs Constantin et Maximien (l. 5, C. 5. 42) que le tuteur qui n'a pas encore fourni caution, alors qu'il y est astreint, ne peut faire aucun acte de disposition (*alienare*) concernant les biens de son pupille. Cependant, cette omission ne l'empêcherait pas dès qu'il est nommé, de demander valablement au nom de ce dernier une *bonorum possessio*, et de poursuivre pour lui les droits *quæ tempore arctarentur*.

Le tuteur devra tout d'abord faire agréer par le magistrat la personne qu'il présente comme sa caution.

Mais cela ne suffit pas pour que la caution soit engagée ; il est nécessaire qu'un contrat de stipulation intervienne directement entr'elle et le pupille lui-même.

Ce dernier figure au contrat pourvu seulement qu'il commence à parler, par dérogation à la règle d'après laquelle le pupille qui n'a pas atteint l'âge de sept ans est frappé d'une incapacité absolue. On lui fait interroger la caution selon la formule usitée : *Fide tua jubesne rem meam salvam fore*? et l'engagement de celle-ci résulte de sa réponse affirmative. Il importe peu que le pupille soit hors d'état de comprendre le sens des paroles qu'il bégaie ; il suffit qu'il puisse articuler les sons : *propter utilitatem receptum est recte eum stipulari agere* (L. 6. D. 46,6).

Au cas où le pupille ne peut absolument pas parler, comme au cas où il est absent, on admet un de ses esclaves à comparaître et à stipuler pour lui ; s'il n'en a pas, on lui en achète un pour la circonstance. Jusque là il n'y a rien que de très régulier, l'esclave pouvant, d'après le droit commun, acquérir pour son maître.

Il peut se faire que la pauvreté du pupille rende impos-

sible l'acquisition d'un esclave. C'est alors que l'on a recours à un expédient pratique usité quelquefois : un esclave public envisagé *utilitatis causâ* comme la propriété commune de tous les citoyens stipule nominativement pour le pupille.

La règle : *nemo alteri stipulari potest*, reçoit ici une atteinte ; en effet, ainsi qu'on l'a fait observer avec justesse, le *servus publicus* étant l'esclave du peuple romain envisagé comme personne morale, ne peut régulièrement stipuler pour une personne déterminée.

L'intérêt du pupille a fait autoriser une nouvelle infraction plus grave à la même règle dans le cas où il n'existe pas d'esclave public : le magistrat charge alors un tiers de stipuler et à la rigueur stipule lui-même pour le pupille.

Lorsque le bénéfice de la stipulation est ainsi acquis au pupille par l'intermédiaire d'un esclave public, d'un tiers ou du magistrat lui-même, la caution ne peut être en cause que par voie d'*action utile* (L. 1, § 15 et 16, D. 27. 8. — L. L. 2. 3. l. 4 pr. et § 1. D. 46, 6).

Ulpien, tirant la conclusion logique de cette série de subtilités, décida que les fidéjusseurs choisis par les tuteurs seraient valablement engagés, aussi bien que s'il était intervenu une stipulation régulière, par ce seul fait que présents devant le magistrat, ils auront laissé inscrire leurs noms sur les *acta publica*, sans faire entendre aucune protestation. Il en fut ainsi à l'égard des *adfirmatores*, ou certificateurs de cautions qui venaient attester la solvabilité des fidéjusseurs eux-mêmes (1).

(1) *Fidejussores a tutoribus nominati, si præsentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi*

La garantie qui résulte pour le pupille de la stipulation *rem salvam fore* s'étend à l'universalité de son patrimoine, aux créances comme aux biens *quæ in patrimonio habet* : *quod enim in tutelæ judicium venit, hoc et ea stipulatione continetur.*

La stipulation *rem salvam fore pupilli* est rangée dans la catégorie des *stipulationes communes prætoriæ et judiciales* ; c'est en effet le préteur qui veille habituellement à ce qu'elle ait lieu ; mais le juge peut aussi ordonner qu'elle intervienne devant lui, *si aliter expediri hæc res non potest* (L. 5, pr. 45. 1).

Ainsi la loi 3 au Code (5,42) supposant qu'un tuteur, n'ayant pas fourni caution, sans en être dispensé plaide en justice pour son pupille, décide que la sentence rendue contre lui dans ces conditions sera nulle : *adversus eum lata sententia juri tuo officere non potuit* ; le juge devra donc, pour que son jugement soit valable, exiger que le tuteur donne caution devant lui.

Il est du reste de l'intérêt de l'adversaire du pupille de demander l'accomplissement de cette formalité ; en effet à défaut de celle-ci, et en supposant qu'il sorte victorieux de la poursuite que lui a intentée le tuteur, le pupille pourrait, la sentence étant nulle, reprendre plus tard l'exercice de son action contre lui. Il aurait bien une action *in factum* contre le tuteur, mais l'insolvabilité de ce dernier pourrait la rendre illusoire (Théophile, III, XVIII, § 4).

sunt, æquum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent. (L. 4. § 3, D. 27,7).

Il peut arriver que la stipulation *rem salvam fore pupillis* intervienne entre un tuteur et ses cotuteurs.

Il faut supposer pour cela que l'administration est restée commune entre eux.

On sait que cet état de choses se présente quand le père de famille n'a pas désigné de gérant, et quand les tuteurs n'ayant pu s'entendre sur le choix de l'un d'entre eux pour remplir cette mission, ont de plus refusé de se soumettre à la décision du magistrat sur ce point.

Il n'a jamais rien de définitif et la loi ménage aux tuteurs mieux éclairés par la pratique sur les difficultés d'une administration indivise la faculté de remédier eux-mêmes à la situation qu'ils se sont créée, en leur permettant toujours malgré leur premier refus de se partager la gestion, ou de se mettre d'accord pour confier à un seul le mandat de gérer. Les textes indiquent encore un autre procédé, mais dont l'emploi est exclusivement réservé aux tuteurs légalement dispensés de présenter des fidéjusseurs, c'est-à-dire aux tuteurs testamentaires ou donnés sur enquête.

L'un d'eux peut en effet offrir spontanément à ses collègues la *satisdatio rem salvam fore pupilli* et il les place ainsi dans l'alternative suivante : ou accepter cette caution et lui abandonner l'administration exclusive ; ou la refuser et alors ils sont dans l'obligation de l'offrir eux-mêmes pour pouvoir gérer.

La loi 17 pr. (D. 26, 2) s'exprime ainsi sur ce sujet :

Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare rem salvam fore, certo certiùs est sed nihilominus cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est : ut edicto cavetur sed recte prætor etiam cæteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare :

nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alteriùs oblatione, sed, impletâ videlicet ab omnibus satisdatione, omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere, quam gerere, securus esset.

D'après le paragraphe I de la même loi, il ne faudrait pas toujours donner la préférence comme gérant à celui qui propose de donner caution ; s'il était peu honorable ou s'il s'était rendu déjà coupable de malversations, il n'y aurait pas lieu d'écarter ses cotuteurs dont la probité serait à l'abri de toute suspicion ou de les obliger à donner eux-mêmes cette garantie.

Le tuteur qui offre à ses cotuteurs la *satisdatio* y trouve les avantages suivants :

Si sa proposition est acceptée, il écarte de l'administration des collègues contre lesquels il peut avoir de justes motifs de défiance.

Si, au contraire, les autres tuteurs préfèrent gérer, il se sera, en les obligeant à lui fournir caution, assuré une garantie contre l'action que le pupille pourrait diriger contre lui à raison de leurs fautes et infidélités possibles et il reste déchargé du fardeau de l'administration.

En étudiant plus loin l'*actio subsidiaria*, je rechercherai à quels magistrats incombait spécialement l'obligation de veiller à ce que la *satisdatio* soit régulièrement donnée.

En dehors des obligations qui viennent d'être décrites, Justinien impose de plus au tuteur, toujours avant son entrée en fonctions, celle de déclarer devant le magistrat, s'il est à quelque titre créancier ou débiteur de l'impubère.

Au cas où il n'aurait pas fait la déclaration prescrite, il est déchu de son action contre le pupille, s'il est créan-

cier; si au contraire, il est débiteur, il encourt une peine et il ne peut se prévaloir d'aucun paiement ou autre mode de libération qu'il prétendrait, peut être frauduleusement, avoir eu lieu au cours de la tutelle (nov. 72. cap. 4.)

CHAPITRE II

GARANTIES AU COURS DE LA TUTELLE

§ I

Des pouvoirs des tuteurs sur les biens de leurs pupilles et de leur mode d'exercice.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que les tuteurs avaient primitivement, sur le patrimoine de leurs pupilles, des pouvoirs considérables. « Peut-être, dit M. Labbé, dans l'origine aucune limitation n'avait-elle été établie. » (Ortolan, II. — Appendice de M. Labbé sur la tutelle).

L'étendue même de ces pouvoirs a frappé quelques jurisconsultes au point qu'elle les a conduits à rechercher quelle pouvait être la nature exacte du droit des tuteurs, et l'un d'eux, M. Gérardin, a pensé que ce droit reposait sur une véritable attribution de propriété à leur profit des biens des impubères (1).

Après avoir rappelé que dans les sociétés primitives, où la personnalité de l'individu s'identifiait avec celle du groupe familial auquel il appartenait (2), la tutelle n'était en

(1) La tutelle et la curatelle dans l'ancien Droit Romain. — Extrait de la *Nouvelle Revue Historique du droit français et étranger.*

(2) « Dans les sociétés primitives, l'individu ne comptait guère : les

somme qu'une des variétés de la puissance domestique et entraînait logiquement au profit de celui qui était appelé à l'exercer une autorité sans réserve sur les biens du protégé, le savant maître exprime ses doutes sur la théorie qui fait du tuteur dès l'origine une sorte de *procurator* et conclut ainsi : « Nous croyons qu'il est plus conforme « au caractère de la tutelle qui était *jus ac potestas*, de « baser ces pouvoirs sur un droit propre que les tuteurs « et les curateurs avaient sur les biens des incapables, « et ce droit propre, c'était le droit de propriété. Les agnats « tuteurs et curateurs légitimes, étaient propriétaires par « une sorte de *continuatio domini* ; les tuteurs testa- « mentaires le devenaient en vertu d'une espèce de fidéi- « commis qui était impliqué dans leur nomination, comme « tuteurs : *caput liberum fidei suæ commissum*. Les « uns et les autres étaient propriétaires autant et plus « pour le compte de la famille que dans leur intérêt per- « sonnel, à peu près comme le *pater familias* était pro- « priétaire dans l'intérêt du groupe dont il était le chef, « ou encore comme le dépositaire qui anciennement de- « venait en droit, pour compte du déposant, propriétaire « de biens, qu'en fait il avait simplement la mission de « garder ».

Cette attribution de propriété n'aurait pas eu en réalité

droits étaient collectifs et non individuels ; ils existaient dans l'intérêt du groupe et non de l'individu. Quand un des membres était faible le groupe ne devait pas en souffrir, et la protection organisée autour de lui l'était moins pour son utilité personnelle que pour celle de la famille, dont il faisait partie. Les tuteurs et curateurs étaient les protecteurs non pas tant des biens des incapables, que du patrimoine de la famille. C'est en s'inspirant de cette idée qu'on a dit qu'à leurs débuts, la tutelle et la curatelle avaient été des droits pour les tuteurs et non pas des charges ».

tous les inconvénients que l'on serait en droit de lui supposer, en raison des entraves qui étaient apportées à l'aliénation de certains biens, *res pretiosiores*, dont la conservation était de règle dans le patrimoine de la famille et qui ne devaient être sacrifiés qu'en cas de nécessité absolue. Ce n'aurait même été qu'à l'époque où ces biens, peut-être les *res mancipi*, seraient devenus librement aliénables, qu'auraient apparu les premières restrictions mises aux pouvoirs des tuteurs, telles que la défense de faire des donations et l'obligation de traiter *bona fide* les affaires des mineurs, sous peine de nullité des actes. D'autre part, ayant ainsi sur les choses de son pupille un véritable droit de propriété, le tuteur pouvait les défendre d'une façon plus efficace en agissant *suo nomine*.

Peut-être reste-t-il encore une trop large part faite à l'hypothèse dans cette argumentation séduisante. Que la tutelle fût un droit énergique de famille, pouvant même faire l'objet d'une *in jure cessio*, et susceptible d'une revendication sérieuse, cela peut se justifier, comme le remarque M. Gérardin lui-même, par le fait que les tuteurs profitaient au moins en partie des revenus des biens. Les autres caractères (1) de la tutelle s'expliquent encore d'une façon

(1) Voici quels sont notamment ces caractères : (*loco citato*).

1° La tutelle légitime s'éteignait par la *capitis minutio*, même *minima* du tuteur.

2° Elle appartenait au fils de celui qui était déjà tuteur, alors même que ce fils aurait été exhérédé par son père.

3° Elle appartenait comme droit, sauf à être exercée par un autre, à celui qui était incapable de se conduire, à un impubère, à un *furiosus*.

4° Elle appartenait à tous les agnats, quand il y en avait plusieurs au même degré.

5° Elle n'était pas obligatoire, mais volontaire et facultative.

Je signalerai plus loin, lorsque j'étudierai l'action de tutelle, quelques conséquences de ce dernier caractère.

suffisante sans qu'il soit besoin de les rattacher à un véritable droit de propriété.

On peut aussi s'étonner que ce droit de propriété, s'il a réellement existé, ait disparu sans qu'il soit resté trace de sa transformation. « *Quand la coutume modifia cette situation*, dit à ce sujet M. Gérardin, *et maintint aux incapables la propriété de leurs biens*, les tuteurs furent encore qualifiés par les jurisconsultes *vice* ou *loco dominorum*, vestige du droit complet qu'ils avaient eu ». Mais les textes où l'on trouve ces expressions ne peuvent-ils pas, sans allusion au passé, traduire simplement la situation exacte des tuteurs, qui sans être en droit les propriétaires des biens de leurs pupilles, avaient en fait des pouvoirs sur ces biens assez étendus pour qu'on pût dire d'eux qu'ils étaient *loco dominorum* ? En outre la loi 27 (D. 26. 7). et la loi 7. § 3 (D. 41, 4) prennent le soin de dire que le tuteur est *loco domini* dans la seule mesure où il agit pour l'intérêt du pupille, *ad providentiam pupillarem, cum tutelam administrat*, montrant qu'il n'est ainsi considéré que par une fiction qui s'évanouit et fait place à la réalité dès qu'il tente de spolier le pupille, *cum pupillum spoliat* (1). Pourquoi n'en aurait-il pas été de même dès l'origine, avec cette différence que la notion de l'intérêt individuel du pupille étant à peu près inconnue, le tuteur faisait librement tous les actes concernant son patrimoine, sans encourir d'autre responsabilité, au cas où il aurait

(1) *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarum, domini loco haberi debet* (L. 27. D. 26. 7).

Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit : usucapio non contingit, prius quam res in potestatem pupilli redeat ; nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat (L. 7 § 3. D. 41, 4).

abusé de ses pouvoirs, que le blâme public dont étaient frappés ceux qui violaient leurs *officia* (1) ?

M. Gérardin cite à l'appui de son système quelques textes qui établissent, selon lui, que les incapables perdaient la propriété de leurs biens attribués à leurs tuteurs ou curateurs. Ainsi, les suivants : *Qui ità sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant XII Tabulæ* » (Cicéron, Tuscul. III, 5, 11). — « *Interdicto huic omne adimat jus prætor et ad sanos abeat tutela propinquos* » (Horace, sat. II, 3, 256.), avec le commentaire d'Acron « *Apud veteres insanis prætoribus jus dominii auferebatur.* » Ces textes autorisent-ils une conclusion aussi absolue, et ne peut-on pas les interpréter en ce sens que les incapables se voyaient retirer l'exercice de leurs droits ?

Du reste, que le tuteur ait eu véritablement la propriété temporaire des biens de son pupille avec obligation de restituer, ou qu'il n'ait été qu'un administrateur avec des pouvoirs tellement étendus qu'ils le constituaient propriétaire de fait, les deux points de vue ne créent pas au pupille une situation sensiblement différente. La question paraît avoir surtout de l'intérêt au point de vue de l'histoire de l'organisation des communautés primitives.

Le droit de propriété ou tout au moins les très grands pouvoirs qu'avaient les tuteurs ont aussi amené M. Gérar-

(1) « C'est un point aujourd'hui acquis, qu'il y eut une époque où les familles s'administraient elles-mêmes comme autant d'États indépendants et autonomes : la puissance publique, encore trop faible, n'avait pas ou presque pas d'empire sur elles. Le chef de la famille, le *pater familias*, celui qui *in domo dominium habebat*, était à la fois prêtre, législateur et juge du groupe à la tête duquel il était placé et ses pouvoirs étaient exercés librement par lui et sans contrôle étranger. (Gérardin, loc. cit).

din à combattre le système habituellement enseigné d'après lequel l'*auctoritatis interpositio* aurait été le plus ancien mode d'exercice de ces pouvoirs. « Logique-« ment, dit-il, le tuteur devait pouvoir agir seul, et n'avoir « pas besoin pour faire les actes de l'intervention de son « pupille, qui aurait pu lui refuser sa coopération (1). Le « tuteur alors aurait été *in potestate pupilli*, alors que « les textes nous disent que c'était le pupille qui aurait « été *in potestate tutoris*. *L'auctoritatis interpositio*, « cette institution qui permet à un citoyen, naturellement « incapable à raison de son âge, de figurer en nom à un « acte juridique, me paraît être le produit d'une science « avancée et je la tiens pour postérieure à la *negotiorum* « *gestio* ». Et, par une remarque ingénieuse à l'appui de sa théorie générale, il ajoute. « Quand le pupille com-« mença à pouvoir figurer en nom, ce fût sans doute au « moment où il fut reconnu propriétaire, et alors le tu-« teur dut se porter *auctor* pour affirmer la propriété de « son pupille, à peu près comme le vendeur se portait « *auctor* de son acheteur ».

Je n'insisterai pas davantage sur ce point, et avant d'aborder l'étude des restrictions apportées aux pouvoirs des tuteurs, je dirai quelques mots de leur double mode d'exercice auquel fait allusion Ulpien, dans le passage suivant : *Pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*

De l'*auctoritas.* — On appelle ainsi « la coopération,

(1) Dans la théorie qui reconnaît seulement que les tuteurs avaient une autorité considérable sur les biens des pupilles sans droit de propriété, la nécessité de l'intervention de ceux-ci pourrait être considérée comme ayant pour but de servir de frein à cette autorité.

le concours du tuteur à un acte accompli par le pupille dont il augmente et complète la personnalité » (1).

L'*auctoritas* est un acte solennel qui suppose absolument la présence du tuteur aux côtés du pupille au moment même où s'accomplit le contrat. Il n'est pas nécessaire, du moins cela paraît résulter d'un fragment de Paul, que le tuteur ait été interrogé ; il suffit aussi qu'il donne son consentement dans des termes quelconques. Anciennement toutefois, il devait y avoir une interrogation et une réponse faites d'après des formules invariables.

Elle ne comporte ni terme, ni condition. *Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri : post tempus vero, aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit.*

Enfin elle est un acte volontaire de la part du tuteur ; le magistrat n'a aucun pouvoir pour le contraindre à la donner. Cette liberté trouvait un correctif dans cette règle qui paraît avoir été de tout temps constante que le tuteur était tenu, à l'expiration de ses pouvoirs, d'indemniser le pupille de tous les dommages qu'un refus injustifié de donner son *auctoritas* aurait pu occasionner aux intérêts de ce dernier.

Lorsque le pupille agit lui-même sous l'*auctoritas* de son tuteur, les conséquences de l'acte qu'il a passé se réalisent directement en sa personne, sans que le tuteur y soit intéressé ou en soit responsable, à moins que l'*auctoritas* n'ait été donnée mal à propos.

Le tuteur pouvait être appelé à fournir son *auctoritas* dans une affaire où il se trouvait personnellement intéressé, soit directement, soit *per subjectas sibi personas.*

(1) Petit. *Traité élémentaire de Droit Romain*, p. 118.

Lorsque cette situation se présentait, la loi prescrivait la nomination d'un tuteur spécial. C'est ainsi par exemple que dans un procès entre le tuteur et son pupille, ce dernier devait plaider lui-même avec l'assistance d'un *tutor prætorius*, à moins qu'il n'eut plusieurs tuteurs, auquel cas l'autorisation était donnée par un autre. Justinien supprima la nécessité de ce tuteur spécial et décida qu'en tous les cas, la nomination d'un curateur serait suffisante.

De la gestio. — Au lieu d'interposer son *auctoritas*, le tuteur peut *negotia gerere* : dans ce cas il agit seul, hors la présence et sans l'intervention du pupille.

Pendant longtemps, les tuteurs usèrent aussi peu que possible de ce mode de procéder qui engageait trop directement leur responsabilité. En effet, en vertu de la théorie romaine qui n'admettait pas la représentation directe d'autrui, les effets des actes qu'ils accomplissaient ainsi comme tuteurs se fixaient sur eux, comme s'ils avaient agi pour eux-mêmes ; ils devenaient personnellement créanciers ou débiteurs, et aucune relation juridique n'était créée entre leurs pupilles et les personnes avec qui ils avaient traité. Il leur fallait ensuite, par un moyen quelconque, transférer aux mineurs les droits qu'ils avaient acquis pour que ceux-ci pussent en fin de compte en retirer le bénéfice ; de même s'ils avaient fait par exemple un emprunt dans l'intérêt de leurs pupilles, ils étaient personnellement tenus envers le prêteur, sauf leur recours contre ces derniers. Les uns et les autres étaient ainsi exposés à souffrir de leur insolvabilité réciproque ; mais tandis que les obligations des tuteurs trouvaient encore une sanction dans l'*actio directa tutelæ*, pendant longtemps ils n'eurent aucune voie légale à leur dispostion pour

contraindre les pupilles à les indemniser. On comprend donc facilement qu'au procédé dangereux de la *gestio*, ils aient préféré celui de l'*auctoritas*.

Le préteur remédia d'abord à cette situation par la création de l'*actio contraria tutelæ* accordée aux tuteurs, ce qui lui permet par voie de conséquence de les obliger à gérer. De plus, il fit disparaître les inconvénients de la non représentation en décidant vers la fin du second siècle de notre ère, que les actions nées de la gestion du tuteur seraient désormais de plein droit transférées au pupille ou données contre lui, à titre d'*actions utiles*. C'est une application de la règle nouvelle en vertu de laquelle toute cession d'actions devenue nécessaire est réputée accomplie.

Cas d'application de l'auctoritas et de la gestio. — Le tuteur n'était pas le maître absolu de choisir entre les deux procédés d'administration que je viens d'exposer.

D'une part, en effet, un certain nombre d'actes ne peuvent être accomplis que par le pupille lui-même autorisé ; ce sont ceux qui doivent être entourés de formalités solennelles consistant en *certa verba* et ceux dont l'essence même implique le concours personnel de leurs auteurs. Les plus importants sont les *actions de la loi*, *l'in jure cessio*, la *mancipatio*, la *manumissio*, l'*acceptilatio*, l'*adition* d'*hérédité*, l'*adrogation*.

D'autre part, l'âge de l'impubère peut être un obstacle à l'emploi de l'*auctoritas*. (1)

Il eut été peu sérieux en effet, de faire intervenir dans les contrats un enfant trop jeune, incapable de comprendre ce qu'on exige de lui. Les jurisconsultes romains

(1) Son absence peut soulever aussi les mêmes difficultés.

avaient adopté l'âge de sept ans comme celui à partir duquel l'impubère peut commencer à se rendre compte d'un acte juridique, sinon dans tous ses effets, du moins dans ses dispositions essentielles. Par conséquent, tant que son pupille se trouvait dans la période de l'*infantia*, c'est-à-dire, n'avait pas atteint l'âge de sept ans, le tuteur ne pouvait se servir de l'*auctoritas*, et l'accomplissement des actes dont je viens de parler était en principe d'une impossibilité absolue.

L'obligation de remettre à une époque souvent éloignée la réalisation de quelques-uns de ces actes devenus nécessaires eût pu avoir des conséquences fâcheuses pour les intérêts des pupilles, aussi fût-il apporté remède à cet état de choses dans quelques cas particulièrement intéressants qui ne souffraient pas de retards.

Ainsi sous les actions de la loi, on admit par une faveur spéciale pour l'*infans* que le tuteur pouvait figurer au procès à sa place. Cette faveur devint inutile lorsque la procédure formulaire fut en vigueur. Dès lors, en effet, il fût permis de plaider pour autrui, soit comme demandeur, soit comme défendeur, et le tuteur put valablement représenter son pupille en justice.

De même, on admit à titre exceptionnel que l'*infans* ferait valablement adition d'une hérédité avec *l'auctoritas* de son tuteur, aussitôt qu'il pourrait parler (1). Plus tard,

(1) Il n'est pas besoin que cette adition ait lieu, quand le pupille recueille l'hérédité de son père, le droit civil le déclarant alors héritier nécessaire, c'est-à-dire saisi de plein droit. S'il s'agit de toute autre hérédité, le droit prétorien offre encore une ressource : si le pupille, à sa qualité d'héritier *jure civili*, réunit celle de *bonorum possessor*, son tuteur peut demander pour lui la *bonorum possessio*, qui le place en fait, sinon en droit, dans une situation identique à celle dont une adition d'hérédité régulière lui eut procuré le bénéfice.

Théodose et Valentinien prirent une mesure plus radicale en décidant que le tuteur accepterait valablement la succession au nom du pupille, tant que celui-ci serait encore *infans*.

Les autres actes que j'ai cités comme exigeant l'emploi de l'*auctoritas* demeuraient impossibles pendant l'*infantia* du pupille. Mais cette prohibition ne présentait pas en réalité de trop graves inconvénients, la pratique leur ayant en général trouvé des équivalents permis au tuteur agissant seul.

Par exemple, ce dernier ne peut céder la chose du pupille par voie *d'in jure cessio* ou de *mancipatio* : mais si l'aliénation est nécessaire, il aura la ressource de faire tradition de cette chose à l'acquéreur qui en deviendra propriétaire par la possession prolongée pendant un certain temps. Si une *acceptilatio* devient utile dans l'intérêt du pupille, le tuteur a le choix entre deux expédients : il peut consentir ou recevoir un pacte *de non petendo* qui éteindra par la voie indirecte de l'exception, la créance ou la dette du pupille. Il peut encore recourir à la novation et se rendre lui-même créancier ou débiteur à la place du pupille ; par suite, il pourra faire ou recevoir *l'acceptilatio* en son propre nom.

§ II

Restrictions apportées aux pouvoirs des tuteurs.

1° *Relativement aux aliénations.*

En principe, le tuteur, comme tout administrateur des affaires d'autrui, n'a le droit de consentir aucune dona-

tion, soit entre vifs, soit mortis causa (L. 1 § 1 D. 27, 3), avec les biens de l'impubère. « *Donationes ab eo factæ pupillo non nocent* ». (L. 22. D. 26.7). Au cas même de mariage de la mère ou d'une sœur du pupille, il ne peut au nom de ce dernier lui faire un *nuptiale munus* (L. 13, § 2, eod. et L. 1 § 5, D. 27,3) ; s'il contrevient à cette défense, le pupille conserve le droit de revendiquer les choses données. (L. 16. c. 5. 37).

Exceptionnellement, le tuteur fera valablement aux parents de l'impubère les cadeaux consacrés par l'usage, *solennia munera*, (L. 12, § 3, D. 26, 7) ; de même, il pourra fournir des aliments à un très proche parent de ce dernier, sa mère ou sa sœur, par exemple, si elles sont dans le besoin, *nàm ratum id habendum est*. (L. 13 § 2, D. 26, 7 et L. 1 § 2 et § 4, D. 27, 3).

Pendant longtemps, comme on l'a vu, les tuteurs puisèrent dans leur pouvoir d'administrer le droit de vendre seuls, sans aucun contrôle, toutes les choses des impubères : ce qui était de nature à amener de nombreux abus, pour peu qu'on les suppose insuffisamment pénétrés de leurs devoirs. Quelquefois même, sans aucune pensée de fraude et pour obéir à la loi, ils aliénaient des biens faciles à conserver, mais d'un rapport médiocre, pour en employer le prix à des placements plus fructueux ; opération en apparence avantageuse, qui pouvait néanmoins être la source d'un désastre pour le pupille, si les placements effectués étaient peu solides.

Ce ne fut cependant qu'assez tard, à l'époque classique, que fût édictée la première disposition ayant pour but de restreindre à ce point de vue la liberté des tuteurs. Elle est due à Septime Sévère qui par un Sénatus-Consulte rendu en l'an 195 de notre ère, leur interdit l'aliénation

du *prædia rustica vel suburbana* appartenant à leurs pupilles. On appelait ainsi « les fonds de terre livrés à la « culture soit à la campagne, soit aux environs des villes, « ou en général les domaines sur lesquels les maisons « n'ont qu'une importance secondaire » (1). Ces immeubles constituaient à Rome la propriété par excellence, celle par conséquent sur laquelle devait s'étendre en premier lieu la prévoyance du législateur en vue d'assurer sa conservation dans le patrimoine des impubères.

Du reste, il ne faut pas entendre trop exclusivement par l'expression *prædia rustica vel suburbana* les domaines consacrés à l'agriculture ; elle embrasse aussi certaines exploitations du genre industriel, telles que les carrières de pierre et de craie, les mines d'alun, d'argent et autres métaux (L. 3 § 6. D. 27, 9), les salines (L. 5 § 1, eod.)

Après avoir posé la règle générale de l'interdiction de vendre, le Sénatus-Consulte y apporte immédiatement l'exception suivante : *nisi ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint* (L. 1 § 2, eod.)

Ainsi dans le cas où le père de famille l'aura ordonné dans son testament ou dans un codicille, le tuteur pourra toujours vendre un *prædium rusticum vel suburbanum* de l'impubère ; il n'aura pas même besoin d'obtenir au préalable un décret du magistrat. « *Neque enim in ea re auctoritas prœsidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur ; si voluntati defuncti pareant* » (L. 1. C. 5. 72). Peut-être cette disposition a-t-elle été

(1) Petit. *Traité élémentaire de Droit Romain*, p. 124. — Le *prædium rusticum vel suburbanum* me paraît correspondre assez exactement à ce que l'on appelle aujourd'hui *bien rural, d'après l'acception admise en droit fiscal.*

inspirée par un respect exagéré de la volonté paternelle : le danger qu'offre la vente et qui consiste surtout à mettre aux mains des tuteurs des capitaux dont l'emploi n'est pas toujours facile, n'en subsiste pas moins dans ce cas. Mais on a pensé que le père de famille dans sa sollicitude pour les siens n'ordonnerait la vente qu'à bon escient.

L'Oratio Severi prévoit ensuite trois hypothèses dans lesquelles l'aliénation est encore autorisée à titre exceptionnel.

Première hypothèse. — Quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit excludi : tunc prætor urbanus vir clarissimus adeatur qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari obligarive debeant (L. 1 § 2. D. 27. 9).

Le Sénatus-Consulte suppose ici que le pupille est chargé de dettes et qu'il est impossible au tuteur de les acquitter autrement qu'en vendant un *prædium rusticum vel suburbanum* ; il permet alors la vente, mais à la condition qu'elle soit précédée d'un décret du magistrat.

La mission de ce dernier ne se borne pas à accueillir favorablement sans examen la demande du tuteur. Ulpien nous donne le détail des obligations minutieuses qui lui incombent (L. 5 §§ 9, 10, 11, 13. D. 27. 9).

Il doit d'abord s'assurer que le pupille n'a réellement aucune ressource pécuniaire disponible pour arriver à l'extinction de sa dette, ni argent, ni créances, ni récoltes en réserve, ni revenus ordinaires ou extraordinaires à faire rentrer. Il recherchera encore si le pupille ne possède pas d'autres biens dont le produit serait suffisant pour désintéresser ses créanciers. Si tous ces moyens font

également défaut et qu'il faille de toute nécessité recourir à l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana*, alors seulement, dit le jurisconsulte, *permittet distrahi, si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum æri alieno suadeat* ».

Il peut du reste, s'il le juge plus avantageux pour le pupille, autoriser simplement une constitution d'hypothèque.

Mais qu'il s'agisse d'une vente ou d'un emprunt, il doit veiller à ce que l'un ou l'autre ne produise pas une somme plus élevée qu'il n'est nécessaire pour l'acquit des charges. Il évitera donc que pour une dette de peu d'importance on sacrifie une propriété considérable. Enfin entre plusieurs domaines, il fera choix pour l'aliénation de celui dont la possession offre le moins d'avantages pour le mineur.

Ulpien ajoute que le magistrat ne devra pas prêter une foi trop grande aux renseignements que lui fournira le tuteur à l'appui de sa requête. Il devra consulter les parents du pupille, ses affranchis demeurés fidèles ou des familiers ayant une exacte connaissance de ses affaires. S'il n'en existe pas, ou si ceux qui se présentent lui paraissent suspects, alors qu'il se fasse remettre les comptes de la tutelle, ainsi qu'un relevé des biens du pupille, puis qu'il charge un avocat d'instruire la demande et de l'édifier sur son mérite, de façon que sa religion ne soit pas surprise.

Le jurisconsulte insiste à plusieurs reprises sur cette condition dont l'existence est strictement nécessaire pour que l'autorisation puisse être accordée. Il faut que la dette soit pressante, *urgens, imminens.*

Lorsque la vente a été réalisée (ou l'emprunt) le ma-

gistrat a encore le devoir de prendre soin que les fonds en provenant servent à payer les créanciers. A cet effet, il commet un *viator* avec mission de lui rendre compte de l'emploi qui en a été fait.

S'il n'existait pas de dettes urgentes, ou si le tuteur désirait aliéner un *prædium* de son pupille pour en acquérir un autre qu'il estimerait devoir être mieux à la convenance de ce dernier, le magistrat ne pourrait pas rendre un décret favorable, alors même que dans ce dernier cas, il dût y avoir avantage pour le mineur à ce que l'opération ait lieu. Si, contrairement à cette règle, il avait permis la vente, celle-ci serait frappée de nullité, ainsi que le décret lui-même. Le Code civil ne s'est pas approprié cette disposition rigoureuse : l'aliénation peut en effet dans notre droit être autorisée, s'il y a seulement avantage évident pour le mineur (art. 457 c. c.).

Il pourra se faire, que malgré toutes ces précautions, la bonne foi du préteur ait été trompée et que le décret d'autorisation lui ait été *obreptum*. Dans ce cas, la loi 5, § 15 (D. 27. 9) accorde au pupille une double action : l'action en revendication contre le détenteur du bien vendu et une action personnelle contre son tuteur (Voir aussi L. 5 au C. 5. 71.)

Ulpien se demande (L. 7, § 4, D. 27. 9) si le préteur pourrait rendre un décret par lequel il laisserait au tuteur la liberté de vendre ou d'engager à sa volonté le *prædium* du pupille. D'après lui, en agissant ainsi, le magistrat dépasserait ses pouvoirs et la décision serait sans valeur. Il a l'obligation stricte de spécifier l'opération à faire.

Il suppose encore que le magistrat ayant autorisé une vente, le tuteur a affecté le *prædium* à la sûreté d'un emprunt ou réciproquement et il décide ainsi : *Mea fert*

opinio, cum qui aliud fecit, quam quod a prætore decretum sit, nihil egisse. (L. 7, § 3, D. eod.)

Paul pose de son côté la question suivante (L. 13, D. eod.) : *si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est an alienare eum possit* ? Et il ajoute que l'empereur Antonin consulté en pareil cas a répondu que les motifs allégués étaient insuffisants pour permettre l'aliénation, parce que le prix que l'on pourrait trouver du *prædium* serait forcément en rapport avec son peu de fertilité, c'est-à-dire minime.

Deuxième hypothèse. — Un *prædium rusticum vel suburbanum* est indivis entre un impubère et un majeur de vingt-cinq ans.

Si dans ce cas le majeur demande le partage, celui-ci pourra avoir lieu sans l'autorisation du magistrat. Si le fonds était indivis entre un pupille et un autre pupille ou un mineur de vingt-cinq ans, le partage pourrait encore être fait, mais un décret serait nécessaire.

Inter omnes minores nec commune prædium sine decreto præsidis sententia senatus consulti distrahi patitur ; nam ad divisionis causam provocante tantummodo majore socio, ejus alienationem et sine decreto fieri jampridem obtinuit (L. 17. C. 5. 71 — Constitution de Diocletien et Maximien, 285).

En présence des termes de la loi 7 pr. (D. 27. 9), on pourrait jusqu'à un certain point se demander si, jusqu'à la Constitution de Diocletien et de Maximien, le partage n'était pas absolument impossible, quand le fonds était indivis entre plusieurs pupilles. Mais cette solution serait contraire au principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

On sait qu'en droit romain, le partage était translatif de propriété, et par suite qu'il se résolvait en une véritable aliénation de part et d'autre.

La loi 5 § 16 (D. 27. 9) explique comment il faut entendre le terme *communis* dont se sert l'*Oratio Severi*. Il ne faut pas que le fonds soit seulement commun en ce sens qu'il appartient à plusieurs personnes qui y ont des parts déterminées ; il faut qu'il soit véritablement indivis entre elles.

On ne devrait pas non plus considérer comme commun le *prædium* qui appartiendrait en nue-propriété à une personne et en usufruit à une autre. *Nulla enim communio est* (L. 6 D. eod.)

Ulpien se demande si le fonds indivis pourrait être hypothéqué. A son avis, il ne pourrait l'être qu'avec l'autorisation du magistrat. En effet, si le Sénatus-Consulte permet le partage, c'est afin de faire cesser les difficultés auxquelles l'indivision donne lieu habituellement ; or, une hypothèque ne pourrait que compliquer encore ces difficultés. (L. 8 § 2. D. eod.)

Troisième hypothèse. — Le *prædium rusticum vel suburbanum* est entré dans le patrimoine de l'impubère, déjà grevé d'un droit de gage ou d'hypothèque constitué par le père ou par un précédent propriétaire.

Quelle que soit la faveur avec laquelle le législateur envisage la situation des pupilles, elle ne peut aller jusqu'à lui dicter une disposition contraire aux droits légitimement acquis des tiers ; l'aliénation ici demeure donc encore permise, *jussu magistratus vel præsidis, vel alterius potestatis* (L. 3 § 1 D. 27. 9).

L'aliénation des *prædia* des pupilles était encore valable dans deux cas déterminés :

1° Lorsqu'un tiers revendiquant un fonds se trouvant en la possession du pupille, le tuteur, sur la condamnation de ce dernier, restitue le fonds lui-même (L. 3 § 3 D. eod).

2° Lorsque le tuteur revendiquant un fonds du pupille détenu par un tiers, ce dernier au lieu de rendre le fonds, en offre le prix sur la *litis æstimatio*. (L. 3 § 2 D. eod).

Dans le premier cas, en effet, le tuteur se soumet à l'autorité de la chose jugée ; dans le second la *litis æstimatio* emporte vente de la chose, malgré sa volonté.

Ulpien examine quelques hypothèses où il peut y avoir doute sur l'application du Sénatus-Consulte.

a. — Le père de famille s'est engagé à livrer un *prædium rusticum* ; le pupille qui lui succède peut-il en faire la remise sans l'autorisation du magistrat ? De même, s'il est héritier d'une personne qui a vendu un prædium, peut-il le livrer *inconsulto prætore ?* Certainement : le pupille n'est pas dispensé d'exécuter les engagements pris par ceux dont il est le représentant. La règle de l'*Oratio Severi* ne saurait être invoquée ici. (L. 5 § § 6 et 7. D. 27. 9).

b. — Une personne instituant un impubère lègue en même temps un fonds à un tiers ou l'en gratifie au moyen d'un fidéicommis imposé à l'impubère : le tuteur a-t-il le droit de livrer le fonds sans l'autorisation du magistrat ? Ulpien résout ainsi la difficulté : si le testateur a légué sa chose, le tuteur pourra exécuter seul la disposition ; mais s'il a donné la chose du pupille, le tuteur devra se pourvoir d'un décret du magistrat. (L. 5 § 4 D. eod.)

c. — Le père de famille a mis en vente un *prædium rusticum vel suburbanum*, puis il meurt sans ordonner dans son testament que l'aliénation soit poursuivie. Le tuteur de son fils impubère pourra-t-il y procéder en s'au-

torisant de son intention avérée ? Non ; *abstinendum erit venditioni.* Le Sénatus-Consulte reprend en ce cas son empire (L. 1 § 3. D. eod.)

d. — Un pupille peut-il répudier le legs qui lui a été fait d'un *prædium rusticum vel suburbanum ?* Il ne le peut pas seul ; il doit se faire autoriser dans ce but par le magistrat (L. 5 § 8, D. eod.)

A la vente ouverte, les jurisconsultes assimilèrent les actes qui peuvent y conduire par une voie détournée, tels que les constitutions de gage et d'hypothèque. *Si obligavit rem tutor sine decreto, obligatio non valet* (L. 7 § 5. D. eod.)

Un mineur de vingt-cinq ans achetant un *prædium* pourrait-il valablement convenir que l'immeuble restera affecté au paiement du prix ? Non, répond Ulpien, *nam ubi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari* (L. 1 § 4 D. eod.) La solution bien que conforme aux principes n'est pas très équitable.

Il en serait différemment si le droit de gage ou d'hypothèque avait saisi l'immeuble acquis au moment même où il entrait dans le patrimoine du pupille, en vertu d'une obligation ayant pris naissance *ab initio.* C'est ainsi que le fisc conserverait son privilège sur l'immeuble qu'il aurait vendu à un pupille (1).

Un droit de gage ou d'hypothèque serait aussi valablement pris sur les *prædia* des pupilles *sive legatorum servandorum causâ, sive damni infecti ; « hæ enim obligationes locum habent, quia non ex tutoris volun-*

(1) *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæsitum est, et ab initio obligatio inhæsit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit.* (L. 2. D. 27. 9).

tate id fit, sed ex magistratuum auctoritate » (L, 3, § 1. D. eod).

La prohibition édictée par l'*Oratio Severi* fut encore étendue aux constitutions d'usufruit, de servitude, de superficie, d'emphytéose. De même ces divers démembrements de la propriété devinrent inaliénables comme la propriété elle-même, quand ils appartenaient à un pupille bien que le fonds lui-même appartint à un tiers. (L. 3. §§ 4 et 5. D. eod).

Il faut maintenant examiner quel était le sort de l'aliénation d'un *prædium rusticum vel suburbanum* faite au mépris du Sénatus-Consulte.

On sait que dans notre droit moderne la vente consentie par le tuteur d'un mineur d'un immeuble appartenant à ce dernier sans l'observation des règles prescrites en pareille matière, est frappée d'une nullité seulement relative. Si dans les dix ans qui suivent l'époque de la majorité le mineur n'en a pas fait prononcer la nullité, la vente devient définitive comme protégée par une ratification que fait présumer le silence de l'intéressé. Enfin au cas où le contrat a été brisé, le mineur est tenu envers l'acquéreur qui a payé son prix, à la restitution de tout ce qui en a réellement tourné à son profit.

D'une façon générale, les nullités susceptibles d'être couvertes par la prescription de l'action n'étaient pas reconnues en droit romain conformément à la règle : *quod nullum est ab initio tractu temporis convalescere non potest.* Il fut cependant apporté une exception à cette règle en ce qui concerne les aliénations faites contrairement à la défense de l'*Oratio Severi.*

La loi 3 au Code (5,74) prévoit à ce sujet deux cas :

Premier cas. — Il s'agit d'une aliénation qui pouvait avoir lieu avec l'autorisation du magistrat.

Justinien estime qu'un long silence gardé par l'intéressé doit être considéré comme emportant renonciation à la plainte qu'il était en droit de formuler et il décide que, passé le délai de cinq ans après l'époque où le pupille a atteint sa vingt-cinquième année, ce dernier ne pourra plus faire tomber l'aliénation qui deviendra valable, *quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.*

Deuxième cas. — Il s'agit d'une aliénation absolument défendue. Justinien donne ici la même solution, mais il élève le délai de la prescription de l'action à dix ans entre présents et à vingt ans entre absents à partir du même moment.

En supposant que le pupille exerce son action en nullité dans les délais voulus, il est donc toujours certain d'obtenir satisfaction. Mais que se passera-t-il si l'acquéreur a payé son prix entre les mains du tuteur? Le pupille, sera-t-il tenu à sa restitution? La loi 16 au Code (5. 71) répond : *Emptor autem si probare potuerit ex cæteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates prætereà tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumpseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris quas præstitura esses, et sumptus meliorati prædii servare tantummodo potest.*

Ainsi sur l'exception de dol qui lui sera opposée par l'acquéreur, le pupille devra restituer le prix payé avec les intérêts et le montant des dépenses d'amélioration du fonds, s'il est prouvé qu'il n'aurait pu acquitter avec d'au-

tres biens les dettes urgentes à l'acquit desquelles le prix a été *réellement employé* (1).

Papinien supposant qu'un tuteur *errore lapsus,* a vendu un *prædium* appartenant à son pupille et en a distribué le prix aux créanciers du père, dit de même que l'acquéreur opposera utilement l'exception de dol au pupille qui exercerait l'action en revendication sans offrir en même temps la restitution du prix et des intérêts, sous cette condition toutefois que le pupille n'aurait pu se procurer *ex cæteris rebus* de quoi désintéresser les créanciers. Paul qui rapporte cette décision ajoute que cette dernière condition est inutile et que si les biens autres que les *prædia rustica* n'ont pas été dissipés et existent encore, l'exception de dol devra toujours être admise, afin d'éviter que le pupille s'enrichisse aux dépens d'autrui. Cette solution est trop conforme à l'équité pour ne pas être approuvée. (L. 13, D. 27. 9)

La loi 9 au Code (5, 71) indique aux acquéreurs qui traitent avec les tuteurs en dehors des règles du Sénatus-Consulte un moyen de sauvegarder leurs intérêts : ils peuvent se faire donner par ceux-ci, sur leurs biens personnels, une garantie contre les conséquences de l'éviction possible.

Ulpien prévoit deux hypothèses où par le simple effet de l'exception de dol, une constitution d'hypothèque échappera à la nullité prononcée par l'*Oratio Severi* ; 1° Si les fonds que le tuteur a empruntés ont été employés à payer un créancier auquel le fonds était déjà hypothéqué ; 2° Si, pour acquitter une ancienne dette, le tuteur a emprunté

(1) Bien entendu, l'acquéreur n'aurait droit à aucune restitution si le prix n'avait pas été employé *ad utilitates pupilli* ; par exemple, s'il avait été dissipé en dépenses inutiles.

une somme de même importance et à un taux qui n'est pas supérieur, *ut jus prioris creditoris ad sequentem non transeat.* (L. 7. §§ 5 et 6. D. 27, 9).

L'acquéreur d'un *prædium rusticum vel suburbanum* aliéné malgré la défense de l'*Oratio Severi*, peut-il usucaper?

Il faut répondre négativement, parce que même au cas de bonne foi, il ne peut invoquer un juste titre, s'il a traité avec un pupille (1).

En ce qui concerne le sous-acquéreur, il pourra se prévaloir utilement de la *præscriptio longi temporis*, s'il est de bonne foi. *Possessiones tuæ rusticæ, vel suburbanæ sine cognitione causæ et interpositione decreti contrâ senatus consultum alienatæ, nec a secundo emptore rectè tenentur, nisi statutum temporis spatium intercesserit* (L. 3. C. 5. 73. L. L. 1 et 4, eod.)

La prohibition édictée par le Sénatus-Consulte s'adresse non seulement aux tuteurs et curateurs régulièrement en fonctions; elle atteint également ceux qui *pro tutore gerunt, vel pro curatore* (L. 8 pr. D. 27. 9.)

L'aliénation de tous les biens des pupilles autres que les *prædia rustica vel suburbana* restait encore permise aux tuteurs seuls, même après l'*Oratio Severi.*

Constantin par une Constitution rendue en 326 (L. 22. C. 5, 37.) modifia cet état de choses.

L'empereur expose tout d'abord que la loi qui oblige les

(1) *Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo* (L. 10 pr. D. 8. 6).

tuteurs à vendre l'or, l'argent, les pierres précieuses, les vêtements et autres objets mobiliers de prix, les propriétés urbaines avec les esclaves y attachés et à convertir tous les biens en capitaux, à l'exception des *prædia rustica* et des esclaves attachés à leur exploitation, ne donne pas toujours des résultats avantageux pour les pupilles. Aussi, il prohibe l'aliénation de toutes ces choses (1), si ce n'est sous l'empire des mêmes causes que celles pour lesquelles il est déjà permis de vendre, d'engager ou d'aliéner à titre de *dot* ou de *donatio ante nuptias* un *prædium rusticum atque municipium* et en observant les mêmes formalités, c'est-à-dire, avec un décret du magistrat rendu *cognitâ causâ*, afin d'éviter toute surprise.

Constantin déclare qu'il est surtout important de conserver les esclaves attachés aux maisons d'habitation et qui ont par conséquent une connaissance exacte du mobilier qu'elles renferment ; en effet, parmi eux, les bons empêcheront spontanément qu'il soit commis aucun détournement ; quant aux mauvais, mis à la question, ils laisseront échapper la vérité ; ainsi par leur présence et leur surveillance, ils seront un obstacle aux fraudes que le tuteur pourrait être tenté de commettre dans son inventaire.

En généralisant la règle de l'*Oratio Severi*, l'empereur donne pour motif à cette résolution que, les placements de longue durée se faisant de plus en plus rares, il a voulu empêcher que par une suite de prêts à intérêt quelquefois

(1) *Nec vero domum vendere liceat in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut (non) videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.* L'empereur prononce aussi quelques paroles de commisération et d'humanité à l'égard des esclaves.

malheureux, le patrimoine des pupilles se réduise à néant (1).

Il termine ainsi : *Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti. Exceptis his duntaxat vestibus quæ detritæ usu, seu corruptæ servando servari non potuerunt. Animalia quoque supervacua, quamvis minorum quin veneant, non vetamus.*

Il est à remarquer qu'il résulte des termes de cette Constitution que la jurisprudence avait déjà admis dans la pratique :

1° Que l'aliénation des esclaves employés à l'exploitation des *prædia rustica* était prohibée comme celle de ces fonds eux-mêmes.

2° Que les *prædia rustica* pouvaient être aliénés avec l'autorisation du magistrat pour cause de *dot* ou de *donatio ante nuptias* (2).

Justinien maintenant les règles sévères établies par Constantin décida que les tuteurs pourraient vendre les fruits et récoltes provenant des biens des pupilles, mais seulement *justo pretio* et dans les marchés publics (L. 28 § 5. C. 5. 37).

2e *Relativement à la liberté d'emploi des fonds des pupilles.*

On vient de voir que jusqu'à Constantin les tuteurs eurent le pouvoir et même l'obligation de vendre tous les

(1) Constantin dit aussi : *Lex non solum contrà tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus ; quæ plerumque novis maritis non solum res filiorum sed etiam vitam addicunt.*

(2) Accarias. — Précis. I. p. 388, note 2.

choses des impubères à l'exception des *prædia rustica vel suburbana*. Une fois ces ventes réalisées, ils doivent encore en recouvrer les prix, de même que d'une façon générale, ils doivent faire rentrer les créances appartenant à leurs pupilles, quand elles arrivent à leur échéance, car ils seraient tenus pour responsables de l'insolvabilité postérieure des débiteurs, faute de poursuites en temps utile.

Il semblerait donc logique d'admettre qu'ils aient eu le droit de consentir des quittances définitives aux débiteurs qui se libéraient entre leurs mains (L. 46 § § 5 et 7. D. 26. 7). Cependant il n'est pas bien certain qu'il en fût toujours ainsi.

En effet Justinien, dans une Constitution adressée aux avocats de Césarée à l'instigation de Tribonien, voulant, dit-il, remédier à un état de choses fâcheux pour les débiteurs des mineurs et leur donner une pleine et entière sécurité, *plenissima securitas*, décide que les paiements qu'ils feront aux tuteurs emporteront pour eux libération sans réserve, pourvu que ces paiements soient autorisés par une sentence judiciaire rendue sans frais. (L. 25. c. 5. 37. Inst. II, 8 § 2).

Si Justinien n'a pas commis d'erreur, il faut conclure des termes de sa Constitution qu'antérieurement les débiteurs qui payaient aux mains des tuteurs restaient exposés aux recours des mineurs (1).

Une sentence judiciaire n'est pas nécessaire en ce qui

(1) *Fidejussor qui minori XXV annis pecuniam obtulit et in-publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, confestim experiri mandati poterit.* (L. 64.D.46,1). — On peut se demander si le débiteur principal ne jouissait pas d'un droit identique.

concerne les loyers et revenus. Par une autre Constitution, Justinien étend cette exception aux intérêts des capitaux placés, pourvu qu'ils ne soient pas dus pour plus de deux années et que le montant n'en dépasse pas cent solides (L. L. 25 et 27. c. 5. 37).

Le premier soin du tuteur sera de solder avec les fonds de son pupille les dettes dont celui-ci peut être tenu. Quant à l'excédant, il devra l'employer en acquisitions d'immeubles ou en prêts à intérêt.

Il n'est du reste pas libre d'attendre trop longtemps pour faire cet emploi.

La loi 15 au Digeste (26, 7.) lui accorde dans ce but un délai de six mois, tandis que la loi 7 § 11 (eod.) ne lui donne que deux mois. Le premier de ces textes vise les sommes que le tuteur a trouvées disponibles à son entrée en fonctions, et le second celles qui lui sont remboursées au cours de la tutelle. Le délai est moins long dans ce dernier cas, parce qu'il a dû prévoir les rentrées de capitaux et préparer d'avance leur remploi (1).

Si le tuteur laisse passer ces délais, les intérêts des fonds non placés courent à sa charge au taux fixé par l'usage des lieux (L. 7. § 10 D. 26. 7.) (2). Il ne faudrait pas l'écouter s'il prétendait s'excuser en disant qu'il n'a pu trouver de placements convenables pour les capitaux de son pupille, alors qu'il prêtait les siens dans de bonnes conditions (L. 13. § 1 D. 26. 7).

A partir de quelle somme commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi ? car on ne peut l'obliger à pla-

(1) Comp. C. C. art. 1065 et 1066.

(2) Il résulte d'autre part de la même loi 7. §§ 9 et 10 que le tuteur doit les *legitimæ usuræ residuarum summarum*.

cer même les sommes les plus modiques (1). C'est le magistrat qui à l'ouverture de chaque tutelle prendra une décision sur ce point ; il est en effet impossible de procéder ici par voie de réglementation générale (L. 5. pr. D. 26. 7.) (2).

Le magistrat peut aussi en même temps restreindre plus étroitement la liberté du tuteur, et décider qu'il devra employer plus spécialement en acquisitions d'immeubles, les capitaux de son pupille. Et si le tuteur n'obéit pas à cette prescription, ou n'y obéit que tardivement, il devra les intérêts de ces capitaux, à moins qu'il ne prouve qu'il lui a été impossible de faire les acquisitions ordonnées (L. 7. § 3. D. 26. 7).

Enfin, si le préteur l'ordonne, même avant l'expiration des délais qui lui sont accordés pour acheter des immeubles et en attendant qu'il trouve une occasion propice, le tuteur devra effectuer le dépôt des fonds dans un lieu déterminé, ordinairement un temple, dès qu'ils auront atteint un chiffre fixé par le même magistrat. Et, dit Ulpien, pour mieux assurer l'exécution de cette prescription spéciale *solent prætores comminari, ut, si non fiat depositio, vel quanto tardiùs fiat legitimæ usuræ præstentur* (L. 7. § 7. D. 26, 7.) (3).

Il est possible que le tuteur ait employé à son usage

(1) Sauf le cas où il paraîtrait suspect.

(2) Comp. C. C. art. 455.

(3) Le taux des *legitimæ usuræ* est de 12 %. — Les tuteurs d'humble condition encourent même des peines corporelles s'ils désobéissent aux ordres du magistrat à ce sujet. « *Qui pecuniam ad prædiorum emptionem conferre, neque pecuniam deponere pervicaciter perstant, quo ad emptionis occasio inveniatur, vinculis publicis jubentur contineri, et insuper pro suspectis habentur : sed sciendum est non omnes hac severitate debere tractari, sed utique humiliores.* L. 3. § 16 D. 26. 10.

personnel les fonds de son pupille. Dans ce cas, il en paiera les *legitimæ usuræ* ; toutefois pour qu'il soit traité avec cette rigueur, il faut qu'il soit démontré, de toute évidence qu'il a commis la faute (L. 7, § 4, D.26,7).

Le tuteur devra encore *l'usura gravissima* des sommes dissimulées quand s'étant présenté devant le magistrat afin de faire fixer la somme annuelle nécessaire à l'entretien du mineur, il allégue frauduleusement que ce dernier ne possède pas de capitaux (L. 7, § 8, D. eod.) Il a pu en effet en agissant ainsi, rendre nécessaire pour le compte du pupille un emprunt au taux légal (L. 7, § 10, D. eod.)

Enfin, s'il a fait payer aux débiteurs de son pupille des *usuræ legitimæ*, il devra en tenir compte intégralement à ce dernier, sans chercher à bénéficier de la différence qui pourrait exister entre l'intérêt légal et l'intérêt *secundum morem* (L. 7, § 10, D. 26,7.)

D'après la loi 46 § 2 (D. 26,7.) le tuteur qui a placé en son nom personnel les capitaux de son pupille ne viole pas la règle qui lui interdit de les employer à son usage et d'après la loi 7 § 6 (D. eod.) il ne doit porter au compte du pupille que l'intérêt qu'il a réellement perçu ; on lui évite ici la rigueur des *legitimæ usuræ*, parce qu'il a pris à sa charge les risques du placement (1).

Justinien dans la Novelle 72 (C. 6.) modifie les règles ci-dessus par une disposition qui témoigne du peu de sé-

(1) *Non existimo maximis usuris subjiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit, et cavit, certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt : quia hic sibi non consumpsit, nec clam, nec quasi sua pecunia licenter abutitur : et nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset.* (L. 54. D. 26. 7).

curité qu'offrent de son temps les prêts à intérêt (1). Jugeant qu'il est préférable pour les pupilles que leur argent reste improductif plutôt que d'être engagé dans des placements où il court le danger de se perdre, il autorise les tuteurs à le conserver, sans en avoir l'intérêt à payer. Il décide même que s'ils l'emploient à faire des prêts, ce sera à leurs risques et périls personnels.

Le tuteur a pu être lui-même débiteur de son pupille pour une cause antérieure à la tutelle ou indépendante de celle-ci. Si sa dette devient exigible au cours de son administration, il est considéré comme l'ayant à l'échéance payée entre ses propres mains. C'est donc comme tuteur qu'il en sera tenu désormais, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

1° Le remboursement de la somme due sera garanti par le *privilegium exigendi* et au besoin par les cautions du tuteur.

2° Il pourra être réclamé par l'action de tutelle qui est perpétuelle et qui est donnée contre les héritiers du tuteur, ce qui sera avantageux pour le pupille au cas où l'action née de la créance est temporaire et doit s'éteindre par la mort du débiteur (L. 9 § 2. D. 26, 7).

Toutefois cette présomption de paiement pourrait être écartée s'il résultait des circonstances qu'elle est désavantageuse pour le pupille, par exemple, si la créance primitive produisait des intérêts à un taux supérieur à celui dont le tuteur pourrait être tenu par l'action de tutelle (L. 9 §, 4 D. 26 7.)

(1) Quoniam autem videmus curatores, quicunque Dei memoriam habentes, ad curam difficulter accedere, videmus autem præcipue difficilem esse curatorum causam propter fœneratorum necessitatem etc.

Enfin, si le tuteur est créancier du pupille, il doit se payer lui-même. Il est même réputé l'avoir fait, *si usuræ fuerunt graviores quæ ei debebantur*. (L. 9 § 5 D. 26. 7).

J'ai terminé l'exposé des principales restrictions positives qui furent apportées successivement aux pouvoirs des tuteurs. On peut cependant encore signaler quelques dispositions édictées dans le même but. C'est ainsi que le tuteur ne peut en principe acheter ni directement ni par personne interposée aucune chose appartenant à son pupille. Toutefois, si ce dernier a plusieurs tuteurs, l'un d'eux fera valablement une acquisition de ce genre, pourvu qu'il soit de bonne foi et qu'un autre tuteur intervienne pour donner son *auctoritas*. Et même en dehors de ce cas, l'acquisition ne serait pas nulle si le tuteur avait agi ouvertement, sans cacher sa qualité.

D'une façon générale du reste, s'il y a plusieurs tuteurs, ceux qui sont régulièrement déchargés de l'administration peuvent acheter les biens de leurs pupilles, comme s'ils étaient étrangers à la tutelle elle-même. (L. L. 5 et 6. D. 26. 8).

En dehors des actes prohibés expressément, il en existe quelques-uns qui seront tantôt permis, tantôt défendus aux tuteurs, d'après les circonstances, selon que l'intérêt des pupilles y aura trouvé ou non sa satisfaction.

On peut citer : la transaction, autorisée pourvu qu'elle n'aît pas lieu *diminuendi causâ*. (L. 46 § 7. D. 26. 7.) ; la *novation* et la *deductio rei in judicium*, également permises, lorsqu'elles sont faites *ad utilitatem pupilli* (L. 22. D. eod.). On comprend que les tiers ne devaient entrer en relation avec les tuteurs à l'occasion de ces

actes qu'avec la plus extrême prudence, en raison de l'incertitude qui affectait leur validité.

En matière de procès, les mêmes règles étaient observées. Le tuteur devait prendre uniquement en considération l'intérêt de son pupille d'après la bonté de sa cause, pour savoir s'il devait agir ou non en justice, appeler ou non des jugements rendus. La loi 11 au Code (5. 37) établit ainsi sa responsabilité sur ce dernier point : *si bonam causam ea, cujus tutor es, habuit, et adversus latam sententiam non appelasti, sed post appellationem provocationis solennia implere cessaveris, tutelæ judicio indemnitatem pupillæ præstare debes.*

§ III

Du Crimen Suspecti

« *Primum igitur tractemus unde descendat suspecti* « *crimen, et apud quos postulari quis possit suspectus* « *tutor vel curator : deinde quis, et a quo, et ex quibus* « *causis removetur, deque pœna suspecti* (L. 1 § 1 D. 26. « 10.)

Ulpien indique ainsi la marche à suivre pour l'étude des règles qui régissent le *crimen suspecti*.

On appelle de ce nom l'accusation dirigée contre un tuteur pour le faire destituer de la tutelle.

Son origine remonte à la loi des XII Tables et Cicéron y fait allusion dans le passage suivant : *Dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII Tabulis. — De officiis* III, 15). Les Institutes et le Digeste témoignent également qu'il vient de la même source. (Inst. pr. I, 26. — L. 1 § 2. D. eod.)

L'accusation est portée à Rome devant le Préteur, dans les provinces, devant le Président. Ces magistrats statuent eux-mêmes sur le fond, sans renvoi devant le juge.

Le *legatus proconsulis* peut également connaître du *crimen suspecti*. Car, ainsi que l'expose l'empereur Antonin dans un rescrit adressé à un proconsul d'Afrique, *mandatâ jurisdictione, officium ad eum totum juris dicundi transit*.

De même si le Préteur délègue sa *juridictio*, le *crimen suspecti* pourra être intenté devant la personne qu'il en a investie. Il est en effet logique d'admettre cette solution puisqu'elle a été consacrée pour la province (L. 1 § 4 D. eod.),

Dans le dernier état du droit, tout tuteur peut être accusé comme suspect. *Omnes tutores possunt, sive testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores : quare etsi legitimus sit tutor, accusari potuerit* (L. 1, § 3. D. eod.).

La façon même dont ce texte est rédigé et qui est également employée par les Institutes semble indiquer qu'il n'en fût pas toujours ainsi, et que le tuteur légitime à l'origine n'était pas soumis au *crimen suspecti*. Cette faveur peut s'expliquer si l'on songe que la tutelle légitime fût d'abord un droit et un privilège, à ce point qu'elle n'emportait pas pour ceux qui en étaient investis l'obligation de gérer. Ce ne dût être que lorsqu'ils furent contraints d'administrer que la menace du *crimen suspecti* s'étendit jusque sur les tuteurs légitimes.

La loi 1 § 6 (D. 26. 10) nous dit que le *crimen suspecti* constitue une *actio quasi publica*. Toutefois les règles généralement acceptées *de accusationibus* (L. L. 8, 9, 10. D. 48, 2) ne sont pas ici exactement observées.

Ainsi les femmes sont admises à dénoncer le tuteur infidèle, pourvu qu'elles soient *pietatis necessitudine ductæ*; par exemple, la mère du pupille, son aïeule, sa sœur, sa nourrice. Le magistrat devrait encore écouter toute autre femme, si, ne sortant pas de la retenue commandée par son sexe, elle paraissait obéir à un sentiment de véritable affection pour le pupille. (L. 1 § 7. D. 26. 10).

Un tuteur peut accuser ses cotuteurs, même s'il avait déjà été lui-même écarté comme suspect. (L. 3 pr. D. eod.). Au cas de division de la tutelle *per partes* ou *per regiones*, chaque tuteur ne répond en principe que de sa gestion ; par exception il répond de la gestion d'un cotuteur s'il n'a pas intenté à ce dernier le *crimen suspecti* qu'il méritait d'encourir (L. 2. c. 5. 52). Le tuteur honoraire doit également porter l'accusation contre les tuteurs chargés de l'administration qui manquent assez gravement à leurs obligations pour s'exposer à la même peine.

Après avoir établi que le tuteur donné *ad augmentum* ne gère pas habituellement les anciens biens, la loi 9 § 8, au Digeste (26,7.) ajoute : *si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit, vel satis ab eo exigere, plectetur.*

Les affranchis des pupilles rempliront aussi un devoir en poursuivant les tuteurs qui administrent avec mauvaise foi les affaires de leurs patrons ou des enfants de leurs patrons.

Mais si c'est contre un tuteur qui est leur propre patron qu'ils veulent porter l'accusation, on ne doit pas recevoir leur plainte : *melius est*, dit Ulpien, *libertos ab accusatione repelli, ne in ipsâ cognitione gravius aliquid emergat* (L. 3, § 1. D. 26. 10).

Enfin, *quod favore pupillorum accipiendum est*, le

magistrat peut prendre l'initiative de la poursuite et écarter de lui-même le tuteur comme suspect ; mais il faut pour cela que les fautes reprochées soient manifestes (L. 3, § 4, D. eod.)

Le pupille ne peut intenter contre son tuteur le *crimen suspecti* ; bien que, dit M. Accarias, « il soit admis, en principe, à poursuivre les crimes qui l'atteignent personnellement » (1).

Le *crimen suspecti* suppose que l'administration du tuteur est empreinte soit de fraude, soit d'une négligence assez grossière pour s'approcher de la fraude. *Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia quæ ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet* (L. 7 § 1 D. eod.).

On trouve au Digeste l'énumération des causes pour lesquelles il peut être intenté (L. 3. D. eod.).

D'une façon générale, le tuteur peut être destitué pour dol, s'il a commis des malversations dans son administration ; *si sordide egit* (2), *vel perniciose pupillo* ; si encore il a commis quelque détournement *ex rebus pupillaribus*.

Le tuteur s'expose encore au *crimen suspecti* ;

a. — S'il ne fait pas inventaire (Demangeat. I, p. 428 n. 2. — L. 13 § 1. C. 5. 51).

b. — S'il ne se présente pas devant le magistrat lorsqu'il s'agit de faire fixer la somme nécessaire à la dépense annuelle du mineur. Dans ce cas, le magistrat est même

(1) Précis, I, p. 414. — On permet à l'*adulescens* de l'intenter contre son curateur, *dummodo ex consilio necessariorum id faciat* (L. 7. pr. D. 26, 10).

(2) Dans sa trivialité un peu basse mais énergique, la traduction littérale paraît bien rendre la pensée du jurisconsulte.

autorisé à envoyer le pupille en possession de ses biens ; *et quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur* (Iust. § 9. 1. 26).

Mais si l'absence du tuteur n'est pas inspirée par une pensée de fraude, si son abandon de l'administration est dû à la négligence, le magistrat pourra, s'il le juge convenable, au lieu de l'écarter lui adjoindre un curateur. Si enfin son absence est purement accidentelle et due à une cause nécessaire, si d'autre part le tuteur est *idoneus* et qu'on espère son retour, le magistrat se borne à désigner provisoirement une autre personne, *ad hoc solum ut ex re pupilli alimenta expediat* (L. 6. D. 27. 2).

Lorsque le tuteur se rend devant le magistrat et qu'il allègue que son pupille est dénué de ressources, le magistrat peut charger des avocats de contrôler ses assertions. Est-il convaincu de mensonge : le préteur, sans l'écarter comme suspect, le remet aux mains du Préfet de la Ville qui le condamne à une peine qui nous est inconnue, et qui est celle dont sont habituellement punis ceux qui usent de corruption pour se faire excuser d'une tutelle (L. 3 § 15, D. 26, 10).

c. — Si en dépit des injonctions réitérées du magistrat, il persiste à ne pas vouloir gérer (L. 3. C. 5 43) (1).

d. — S'il s'obstine à ne pas faire emploi des fonds de son pupille et à ne pas en effectuer le dépôt (L. 3. § 16. D. 26. 10).

(1) Comp. L. 4 § 4 (D. 26, 10). « *Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari : verum ob ignaviam, vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.* » Si l'on remarque qu'Ulpien est mort en 228 et que le rescrit d'Alexandre Sévère, est de l'an 230, on reconnaîtra que ce dernier a apporté à la jurisprudence en cours une modification due probablement à l'obstination que les tuteurs mettaient encore à cette époque à ne pas gérer.

e. — S'il omet de faire faire au pupille l'adition d'une hérédité *inconsideranter vel dolo* (§ 17).

f. — S'il fait frauduleusement des actes de disposition, contrairement aux règles de l'*Oratio Severi* (§ 13).

g. — S'il est de mauvaises mœurs.

Mais sa pauvreté, s'il est honnête et zélé ne serait pas un motif de l'écarter (L. 8. D. eod).

h. — S'il ne dénonce pas son cotuteur coupable, que celui-ci ait ou non fourni caution.

D'une façon générale du reste, le fait pour un tuteur d'avoir donné caution ou de l'offrir ne peut arrêter la marche du *crimen suspecti* (L. 5. D. eod.),

Quia, dit la loi 6, *satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem prœstat.*

Le *crimen suspecti* ne peut être intenté que contre un tuteur en fonctions.

Cependant des fautes graves de conduite ou des malversations commises dans une gestion antérieure pourraient être considérées comme des causes suffisantes pour exclure quelqu'un d'une tutelle. C'était du moins l'opinion de Julien, opinion que Justinien a consacrée avec raison : *sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, possit eum quasi suspectum removere idem Julianus rescripsit, et secundum eum constitutum est* (Inst. § 5, I, 26).

Ulpien professait un avis contraire. Selon lui, la possibilité d'intenter le *crimen suspecti* doit avoir strictement pour point de départ le moment où le tuteur est entré en fonctions. S'il a eu des torts antérieurs même vis-à-vis du

pupille, il ne peut être écarté comme suspect, *quia de lictum præcessit tutelam* (L. 3, § 5, D. eod.)

Ce qui ne fait pas doute, c'est que le *crimen suspecti* cesse de pouvoir être intenté dès l'instant où la tutelle prend légalement fin. Cet événement arrête même le cours de l'action qui aurait déjà été lancée. *Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris, quamvis prîdem recepta solvitur* (L. 11 D. eod.)

On peut dire que le *crimen suspecti* cesse d'être possiblè dès que l'action de tutelle prend naissance.

Ulpien pose la question suivante : *Quod si quis ità tutor datus sit, quoad in Italia erit, tutor esto : vel, quoad trans mare non ierit : an possit suspectus postulari ex eo gestu, quem administravit, antequàm trans mare abierit* ? Et il répond que le *crimen suspecti* sera possible parce qu'on se trouve en présence d'une tutelle unique, bien qu'intermittente, et non de plusieurs tutelles distinctes (§ 9 eod.)

Le seul fait que le *crimen* lui est intenté, produit des conséquences contre le tuteur. Ce dernier doit immédiatement mettre fin à sa gestion (1), et le magistrat désigne une personne qui y pourvoira provisoirement, *pendente causâ cognitionis.* (L. 7, C. 5, 43.) Le tuteur ne pourrait arrêter l'effet de la poursuite en offrant caution, ainsi que je l'ai déjà dit.

Si le tuteur est reconnu innocent des fautes qui lui sont reprochées, il est immédiatement réintégré dans ses fonctions.

(1) *Si quis sciens suspectis postulatis solvat, (non recte solvitur)* : *nam iis videtur interdicta administratio* (L. 14, § 1, D. 46. 3).

Est-il au contraire déclaré coupable, son exclusion de provisoire devient définitive et le magistrat nomme un autre tuteur. (Gaiüs, 1. 182).

Le *crimen suspecti* peut entraîner comme peine accessoire l'infamie pour le tuteur, quand il est convaincu de dol.

Aussi le magistrat doit-il dans sa décision indiquer le motif de la destitution, *ut appareat de existimatione.* (L. 4, § 1, D. 26. 10). Cela est important, parce que si le tuteur est écarté pour une autre cause que pour dol, l'infamie ne l'atteindra pas (L. 9, C. 5. 43).

Au cas où le magistrat aurait omis de motiver son jugement, Papinien dit qu'on doit considérer le tuteur comme étant *integræ famæ* (L. 4, § 2, D. 26. 10).

Si le tuteur est le patron du pupille, on lui épargne toujours l'infamie (Inst. § 2, I. 26). On admet qu'il devait en être ainsi pour l'ascendant tuteur.

Du reste dans l'hypothèse où le tuteur est parent, allié ou patron du pupille, il vaut mieux lui adjoindre simplement un curateur que le poursuivre en vue de lui enlever la tutelle, afin de ne pas faire soupçonner sa réputation par une enquête publique (L. 9. D. 26. 10).

Ainsi qu'on l'a vu, le tuteur qui persiste à ne pas faire le dépôt ou l'emploi des fonds de son pupille, conformément aux prescriptions du magistrat, peut être condamné à l'emprisonnement, s'il est d'humble condition : *cæterum eos, qui sunt in aliquâ dignitate positi, non opinor vinculis publicis contineri oportere*, dit Ulpien. (L. 3, § 16, D. eod.)

L'affranchi qui gère frauduleusement la tutelle des enfants de son patron, de même que le tuteur *de plebeis* qui s'est rendu coupable de *facta atrociora* ne sont pas

seulement aussi frappés de destitution : le magistrat les renvoie en outre devant le Préfet de la Ville qui leur inflige un châtiment corporel. (L. 1, § 8 ; L. 2, D. eod.)

§ IV

Suspension de la prescription

Il peut y avoir quelque incertitude sur le point de savoir si la prescription des biens des impubères était admise dans le droit classique.

L'affirmative résulte de deux textes :

La loi 2 (D. 27. 5) et la loi 10 (D. 27. 6) qui supposent l'une et l'autre de toute évidence qu'une chose appartenant à un pupille a pu être usucapée.

Au contraire, la loi 48 pr. (D. 26. 1) après avoir posé la règle de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ajoute : *Nec interest ea res quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne ; veluti si res pupilli sit, aut vi possessa, aut præsidi contrà legem repetundarum donata, ab eoque abalienata sit bonæ fidei emptori.*

D'autre part, une Constitution de Dioclétien et de Maximien rendue en 290 et qui forme la loi 3 au Code (7, 35) porte : *non est incognitum, id temporis, quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari : ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus pervenerit.*

La question est tranchée par les commentateurs dans le sens de l'affirmative.

On fait observer que dans la loi 48 (D. 46, 1) le terme

pupilli est inexactement transcrit, et qu'il faut lire *populi* pour en avoir la version juste. Le texte correspondant des Basiliques (L. 1. 47) autorise cette substitution.

En ce qui concerne la loi 3 au Code (7. 35), d'après M. Accarias (I. p. 624, note 1), elle devait s'appliquer seulement aux *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, et ce ne serait que par l'effet d'une altération qu'elle se trouverait viser leurs biens en général.

Par une constitution rendue en l'an 424, les empereurs Honorius et Théodose décidèrent qu'à l'avenir toutes les actions perpétuelles se prescriraient par le délai de trente ans continus: *non sexus fragilitate, non absentia, non militia contrà hanc legem defendenda, sed pupillari ætate duntaxat (quamvis sub defensione consistat) huic eximenda sanctione* (L. 3. C, 7. 39).

Toute prescription est donc désormais suspendue, pendant l'impuberté, bien que l'impubère ait un tuteur; la diligence de ce dernier n'a pas paru une garantie suffisante pour ses intérêts.

L'empereur Justin par une autre constitution rendue en 525 (L. 7. § 4, 7. 39) fixa comme point de départ de la prescription en général le moment ou le droit est devenu exigible.

Par suite si le pupille a acquis un droit à titre d'héritier, la prescription qui aura commencé à en courir sera suspendue pendant sa minorité; mais le temps passé sera acquis au créancier.

Quant au droit qui naît en la personne du pupille, ce n'est bien entendu qu'au moment où cessera l'incapacité de ce dernier, que le délai pour sa prescription commencera à courir.

CHAPITRE III

GARANTIES A LA FIN DE LA TUTELLE

§ 1

Actions qui naissent de la tutelle

1° *Actio tutelæ*

Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere, et pupillo reddere : cæterum, si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelæ tenebitur (L. 1, § 3, D. 27. 3).

Ainsi au moment où il résigne ses fonctions, le tuteur a le devoir de rendre compte de son administration.

Pour le cas où il ne s'empresserait pas de satisfaire à cette obligation, le pupille devenu majeur dispose pour l'y contraindre de l'*actio tutelæ directa*, qui paraît aussi ancienne que la tutelle elle-même (1). — C'est aussi au

(1) Accarias. — Précis I. p. 417. — Voici, au contraire, d'après M. Gérardin (loc. cit.) quelles auraient été les phases de l'action de tutelle.

A l'origine la responsabilité juridique des tuteurs était nulle.

« Les Romains considéraient la tutelle dans sa forme originaire « comme un rapport de puissance, elle était rangée à l'époque an- « cienne au nombre de ces rapports (*officia*) qui, tout en créant des « devoirs moraux fort sévères, et dont la violation faisait encourir l'in-

moyen de cette action que le pupille obtiendra le paiement du reliquat dont la balance du compte l'aura constitué créancier vis-à-vis de son ex-tuteur.

Logiquement, il semble que ce dernier eût également dû posséder une action contre son ex-pupille, afin de pour-

« famie, n'établissaient cependant aucun lien juridique » (Jhering. — cité par M. Gérardin).

L'obligation de rendre compte et de restituer est donc à ce moment purement morale.

Quand il devint nécessaire de défendre d'une façon plus efficace les incapables, ce fût par un délit, une amende et une action pénale, l'*actio rationibus distrahendis*, que fut inaugurée à leur égard la protection juridique. « La communauté, la fiducie, la tutelle, le man-« dat, n'établissaient d'abord qu'une obligation morale : mais l'inexé-« cution de cet engagement était tenue pour un délit, d'où naissait « l'obligation civile..... Si la dette ne se constitue qu'à partir de ce moment; quel en sera l'objet? Est-ce comme plus tard, la chose con-« fiée par le créancier ? Non, c'est une amende privée (Poisnel. — cité par M. Gérardin).

Mais la pénalité édictée par l'*actio rationibus distrahendis* était trop dure et trop faible; trop dure, parce qu'elle atteignait le tuteur même non coupable; trop faible, parce que le tuteur coupable n'était pas puni plus sévèrement que le premier, et parce que la poursuite s'éteignait avec sa personne physique : aussi cette action fût-elle renforcée par la notion du *furtum*.

Enfin la protection fut complétée par la création d'une action rei-persécutoire. Le préteur engloba dans son édit toutes les situations de la gestion volontaire des affaires d'autrui ; il construisit une formule d'action (*formula negotiorum gestorum*) qui les prévoyait toutes par sa généralité et qui attachait pour la première fois une sanction juridique civile non seulement à ce qui devait devenir plus tard la *negotiorum gestio* proprement dite, mais encore au mandat, à la tutelle et à la curatelle.

Les idées sur la tutelle s'étant modifiées définitivement, et la protection ayant encore été reconnue insuffisante, la jurisprudence fit sortir de *l'actio negotiorum directa et contraria*, l'action *tutelæ directa et contraria*. La personalité juridique de la tutelle est ainsi créée ; elle revêt sa physionomie propre, quand le tuteur déjà contraint de gérer, est tenu pour responsable de son inaction. A partir de ce dernier moment (sous Marc-Aurèle) la tutelle est véritablement *munus*.

suivre le paiement de ce que celui-ci peut rester lui devoir. Cependant il est certain que pendant longtemps cette action n'exista pas ; de sorte que le tuteur n'avait aucun moyen de se faire indemniser des frais et débours que sa gestion lui laissait ainsi pour compte (1).

Il ne faudrait pas croire toutefois que cet état de choses emportât des conséquences trop fâcheuses pour les tuteurs. A côté du mal, ils avaient en effet le remède qui consistait dans l'abstention de tout acte de gestion proprement dite.

Ils bornaient ainsi leur rôle à interposer leur *auctoritas*. On sait que les conséquences des actes accomplis par l'impubère lui-même se réalisaient directement en sa personne, sans se fixer un instant sur la personne du tuteur qui l'assistait : ce dernier n'était donc responsable que du fait d'avoir donné ou refusé mal à propos son *auctoritas* (2). — (L. 17, D. 26, 8)

Aussi lorsque le préteur créa l'*actio contraria tutelæ* qu'il mit à la disposition du tuteur, il réalisa un double progrès :

(1) M. Accarias pense qu'à défaut d'action fondée sur la tutelle même, le tuteur pouvait dans la mesure du profit que sa gestion avait procuré au pupille, lui opposer la compensation sur l'action *directa tutelæ* ou même le poursuivre par une action *utilis negotiorum gestorum contraria* (Précis, I p. 417, note 4. Gérardin, *loco citato*).

(2) Ce qui semble prouver que pendant longtemps l'*actio tutelæ* n'eût pas dans la pratique d'autre objet, c'est que Julien dans la loi 18 pr. (D. 25, 7.) nous dit que le tuteur peut être sans aucun doute poursuivi par l'action de tutelle, bien qu'il n'ait jamais eu l'occasion de fournir son *auctoritas*. Autrement, on pourrait s'étonner de voir le jurisconsulte affirmer une chose qui paraît aller de soi, à savoir que le *judicium tutelæ* se comprend même quand le tuteur n'a fait que des actes de gestion directe.

D'une part il répara une omission injuste par l'effet de laquelle celui-ci était exposé à se voir frustré des frais qu'il aurait pu faire dans l'intérêt de l'impubère lui-même.

D'autre part, en enlevant au tuteur tout motif de s'abstenir, il put désormais l'obliger à gérer et comme sanction de cette obligation nouvelle, il accorda au pupille une *actio tutelæ directa utilis* pour permettre à ce dernier de le rendre responsable de son inaction même (L. 4, § 3, D. 46, 6).

Le devoir pour le tuteur de rendre compte est la conséquence de sa gestion même, mais comme il n'a pas traité avec le pupille et que la gestion lui a été imposée, on dit qu'il est tenu *quasi ex contractu*.

Les obligations dont le compte de tutelle est la source pouvant être réciproques, l'*actio tutelæ* devait prendre place parmi les actions de bonne foi. Elle figure en effet dans les énumérations qui en ont été faites par Cicéron (De off. III, 15 à 17.), par Gaïus (IV, § 62), par Justinien (Inst. IV. 6 § 28). La liberté d'appréciation laissée au juge dans l'*actio tutelæ* paraît même avoir été plus large que partout ailleurs, car les textes désignent fréquemment le *judicium tutelæ* sous le nom d'*arbitrium tutelæ*.

Malgré la latitude avec laquelle le juge pouvait se mouvoir dans l'examen des faits qui lui étaient soumis par l'*actio tutelæ*, la responsabilité du tuteur au point de vue des fautes qu'il avait pu commettre dans l'accomplisement de ses fonctions, devait être déterminée par quelques règles ordinairement suivies, mais qui n'apparaissent pas très clairement dans les textes.

En général, lorsque la partie dont il s'agit d'apprécier les actes a rendu à l'autre partie un service purement gratuit, elle est tenue des conséquences de son dol, et aussi de sa faute lourde que l'on assimile au dol. Ce prin-

cipe fut appliqué en matière de tutelle et la responsabilité du tuteur s'étendit toujours aux suites non seulement de son dol, mais aussi de sa *culpa lata*.

Il résulte des textes que dans certains cas cette limite ne pouvait être dépassée. C'est ainsi que la loi 7 § 2 (D. 26,7) établit que le tuteur ne répond que des négligences graves qu'il a commises dans les acquisitions d'immeubles qu'il a faites pour le compte de son pupille. De même la loi 2 au Code (5.51) dispose que lorsque le tuteur ayant trouvé en entrant en exercice, les créances de son pupille solidement assises, les a laissé péricliter au cours de la tutelle *per latam culpam*, le juge devra le condamner à indemniser le pupille, si celui-ci a subi une perte causée ainsi par sa négligence manifeste.

Cependant, l'intérêt des pupilles avait fait prévaloir des règles plus sévères, et il est certain que d'une manière générale, par dérogation au principe que je viens d'exposer, le tuteur était tenu des conséquences de sa faute même légère. La loi 7 au Code (5. 51) pose comme règle non douteuse que le tuteur est responsable de tout ce qu'il a fait perdre au mineur ou négligé d'acquérir pour lui *dolo, vel lata culpa, vel levi*.

Mais il existe des doutes sur le point de savoir comment la *culpa levis* devait être appréciée par le juge. Fallait-il l'envisager *in concreto*, c'est-à-dire ne demander au tuteur que le soin qu'il apportait habituellement à ses propres affaires, ou au contraire l'apprécier *in abstracto*, en prenant comme point de comparaison la diligence du bon père de famille soigneux et attentif, et exiger du tuteur qu'il ait fait preuve de cette diligence particulièrement étroite relativement aux affaires de son pupille ?

La question n'est pas clairement résolue par les textes.

Il est probable que, de même qu'il avait été successivement contraint de répondre des suites de sa faute lourde et de celles de sa faute légère, il fut d'abord tenu de sa *culpa levis in concreto*, puis *in abstracto*, par une progression constante de sévérité (1).

Ulpien a sur la matière des opinions contradictoires.

Ainsi dans la loi 1 pr. (D. 27. 3) il pose la règle suivante : *In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio : præstando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam.*

Tandis que dans la loi 10 (D. 26. 7) il décide que le tuteur ne saurait être absous quand il a négligé de faire pour le pupille ce qu'eut fait un père de famille *idoneus*.

Enfin dans l'énumération qu'il donne des contrats et quasi-contrats au point de vue de la responsabilité qu'ils engendrent, il range la tutelle parmi ceux au sujet desquels il y a lieu d'exiger *dolum, culpam et diligentiam* (L. 23. D. 50. 17.)

D'après Callistrate, élève d'Ulpien, on doit demander aux tuteurs et aux curateurs, en ce qui concerne la gestion des biens des pupilles la même diligence que celle qu'apporte à ses affaires un père de famille attentif. (L. 33. D. 26. 7.) Modestin, autre élève d'Ulpien, exprime la même opinion (Coll. leg. mos. et rom. T. X, ch. 2, § 3.) Il faut en con-

(1) Peut-être par application d'une doctrine très séduisante, d'après laquelle les débiteurs, même ceux passibles d'actions de bonne foi, n'auraient été tout d'abord responsables que de leurs faits actifs et dolosifs, n'auraient dû que *bonam fidem*, le contraire du *dolus malus*, et d'après laquelle la responsabilité de la faute et de la négligence aurait été un progrès, un développement dû à la science des jurisconsultes, conviendrait-il d'ajouter que les tuteurs, eux aussi, auraient au début profité de cette indulgence. (Gérardin, *loc. cit.*)

clure que des deux doctrines successivement enseignées par le maître, la plus rigoureuse avait prévalu.

Justinien dans la Novelle 72 (cap. 8) rendit aux tuteurs plus d'indépendance dans leur administration : *ita faciant gubernationem tanquam in suis rebus.* Il est vrai qu'il les engage à avoir dans toutes leurs actions les yeux tournés vers la Divinité. Il ne se contente du reste pas de cette exhortation platonique : il exige qu'à leur entrée en fonctions, ils prêtent le serment de ne jamais perdre de vue l'intérêt de leurs pupilles.

Aucun tuteur ne peut échapper à l'obligation de rendre compte, quel que soit son titre. C'est en vain que le père de famille en instituant des tuteurs à ses enfants aurait ajouté : *eosque aneclogistos esse volo.* D'après Julien cette mention n'aurait aucun effet, et la responsabilité des tuteurs n'en serait pas moins entière *nisi bonam fidem in administratione præstiterint.* Et le jurisconsulte ajoute : *Nemo enim jus publicum remittere potest hujus modi cautionibus nec mutare formam juris antiquitus constitutam.* (L. 5 § 7. D. 26, 7).

On considérait donc l'obligation de rendre compte comme étant d'ordre public.

Le tuteur puisera les éléments de son compte définitif tant dans l'inventaire qu'il a dû dresser au commencement de son exercice que dans les notes qu'il aura prises au cours de sa gestion et inscrites sur son *liber rationum.*

S'il a négligé de tenir des comptes pendant la tutelle ou s'il refuse de les produire, le juge ordonnera que les esclaves lui présentent les notes qu'ils ont prises eux-mêmes au sujet de l'administration qu'ils ont pu avoir en sous-ordre des biens de leur maître impubère, et si le tu-

teur en conteste l'exactitude et la sincérité, le juge aura la ressource d'interroger les esclaves et de les mettre à la question pour chercher à connaître la vérité. (L. 1, § 3. D. 27. 3).

L'action de tutelle ne peut être intentée que par le pupille lui-même devenu pubère. S'il meurt avant de l'avoir intentée, elle passe à ses héritiers. *Hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat*, dit la loi 1, § 16. (D. 27. 3).

Elle peut être dirigée :

a. — Contre le tuteur.

Au cas où ce dernier serait fils de famille émancipé, il n'en pourrait pas moins être mis directement en cause (L. 4, § 1, D. 27. 3.)

b. — Contre le père du tuteur.

Ulpien (L. 7. D. 26, 1) examinant l'hypothèse où le tuteur est fils de famille, établit la responsabilité du père d'après la distinction suivante : *si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri : si non agnovit, duntaxat de peculio.* Il sera considéré comme l'ayant *reconnue*, s'il s'est immiscé lui-même dans la gestion ou s'il a autorisé son fils à la prendre en mains. Il en serait encore de même, s'il avait écrit, par exemple, à ce dernier en lui recommandant d'administrer avec soin, en raison de la responsabilité qu'ils pourraient encourir ensemble.

Mais le simple fait qu'il a eu connaissance de la délation d'une tutelle à son fils ne l'obligerait pas directement, non plus que celui d'avoir engagé ce dernier à bien faire son devoir d'une façon vague et générale.

En résumé, dans la théorie d'Ulpien, le point de savoir si le père *agnovit tutelam* et peut être poursuivi *in soli-*

dium est un point de fait dont l'appréciation sera quelquefois des plus délicates.

D'après Marcellus, (L. 21. D. 26, 7) il est indifférent que la tutelle ait été déférée au fils avec ou sans l'assentiment du père ; ce dernier ne sera jamais tenu que *de peculio* et *de in rem verso*, à moins qu'en intervenant directement dans la gestion, il n'ait détourné sur lui-même la responsabilité incombant à son fils : par exemple, *nisi contutore vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi in se periculum recepit*. Cette manière de voir laisse moins de place à l'arbitraire et est plus équitable.

Ulpien prévoit aussi le cas où un fils de famille gérant une tutelle vient à être émancipé. D'après l'avis de Julien, il continuera à être tuteur, mais quel sera le terme à partir duquel le père cessera d'être tenu par l'action *de peculio* ?

A ne consulter que les règles habituelles, il faudrait décider que le père ne pourra être utilement poursuivi pour la gestion antérieure à l'émancipation, que dans l'année qui suivra celle-ci, et qu'en ce qui concerne la gestion postérieure de son fils, il sera déchargé de toute responsabilité ; mais, dit M. Accarias, « l'obligation du père quoique moins complète et moins efficace est aussi une dans son objet que celle du fils, » et comme cette dernière (l'obligation de rendre compte en qui se condensent toutes les autres) ne prend naissance qu'au moment où finit la tutelle qu'elle doit embrasser dans son ensemble, l'application du droit commun aurait eu pour résultat de priver le pupille d'une partie de sa garantie.

Ulpien décide donc que le père répondra de la gestion entière de son fils et qu'il ne sera libéré de cette responsabilité que lorsqu'il se sera écoulé une année après la fin de la tutelle (Accarias, Précis I. p, 417, note 1).

c. — Contre les héritiers du tuteur, s'il est décédé.

Tutelæ actio tam heredibus quam etiam contrà successores competit (L, 12. C. 5, 51).

Ils peuvent même être tenus de leur chef s'ils ont continué à gérer la tutelle ou s'ils ont dissipé les deniers pupillaires que le tuteur tenait en réserve (L. 4, pr. D. 27, 7). Ils ont du reste l'obligation, s'ils sont du sexe masculin et pubères, de mener à bonne fin les opérations commencées par ce dernier (L. 1, pr. D. eod.).

Mais ils ne sont jamais tenus que de leur dol ou de leur faute lourde. *Negligentia plane propria heredi non imputabitur.* (L. 4, § 1. D. eod.)

L'*actio tutelæ* ne peut être intentée que lorsque la tutelle a pris fin : elle est en effet la sanction de l'obligation de rendre compte, laquelle ne peut naître elle-même qu'à cette époque.

Peu importe du reste le motif pour lequel la tutelle expire. *Nisi finita tutela sit, tutelæ agi non potest. Finitur autem non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli.* (L. 4, pr. D. 27. 3).

Ulpien supposant qu'un tuteur a été donné par testament sous condition, décide que le tuteur nommé par le magistrat *medio tempore*, pourra être poursuivi par l'*actio tutelæ*, lorsque la condition se réalisera, *quia tutor esse desinit* (L. 9, § 2, D. 27, 3). Il doit en être de même à l'arrivée du terme, pour le tuteur testamentaire donné *ad tempus* (§ 3 eod.)

D'une façon générale le pupille n'est empêché d'exercer l'action que si en réalité, malgré les interruptions, c'est toujours la même tutelle qui se poursuit (§ 4 eod).

Il serait en effet absurde, dit Ulpien, d'exiger la reddi-

tion des comptes d'une administration dans laquelle le tuteur est maintenu. Mais si le tuteur vient à perdre ses fonctions, puis à en être investi de nouveau, on peut ici voir deux tutelles distinctes et l'*actio tutelæ* pourra lui être intentée, s'il est débiteur de son pupille *ex pristina administratione, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset*. S'il a des cotuteurs, l'un d'eux, et à défaut de cotuteurs, un curateur spécial sera chargé de cette mission. Au cas où dans l'intervalle de ses deux administrations le tuteur serait devenu insolvable, les cotuteurs qu'il avait seront responsables de son insolvabilité pour ne pas l'avoir attaqué en temps utile. (L. 9, § 4 D. 27. 3).

Le tuteur a qui a été intenté le *crimen suspecti* ne peut être inquiété par l'action de tutelle, bien qu'un curateur lui ait été adjoint. Il reste en effet tuteur de droit jusqu'au jugement définitif. (L. 9, § 5 eod).

Mais si la peine de la confiscation a été prononcée contre lui, ses cotuteurs ou le curateur nommé pour le remplacer pourront exercer l'*actio tutelæ* contre le fisc (L. 9. § 6. eod.)

Lorsque le tuteur s'absente pour un service public et est excusé de ce chef, il y a lieu à l'*actio tutelæ*; s'il revient, le tuteur choisi à sa place pourra de même en être tenu. (L. 9. pr. D. eod.)

Ulpien prévoit aussi le cas où le tuteur est fait prisonnier; bien qu'il conserve l'espoir de réintégrer ses fonctions *jure postliminii*, la tutelle est néanmoins considérée comme ayant pris fin. Si quelqu'un s'offre pour le représenter au *judicium tutelæ*, ou si un curateur a été donné aux biens du pupille, l'action pourra être dirigée contre l'un ou l'autre. De même les fidéjusseurs seront toujours tenus. (L. 7. § 1. D. eod.)

Il est possible que le tuteur ait continué à gérer les affaires du pupille devenu pubère ; dans ce cas on devra comprendre dans le *judicium tutelæ* l'examen des actes qui se rattachent à l'administration tutélaire, qui lui sont pour ainsi dire connexes ; *sed et illud est verum si cœperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi judicium tutelæ in negotiorum gestorum actionem : oportuit enim a semetipso tutelam exigere* (L. 13. D. 27. 3.)

Si, la tutelle finie, le tuteur cesse d'administrer pendant un temps même très bref, puis recommence à gérer, il sera passible de l'*actio tutelæ* et de l'*actio negotiorum gestorum* (L. 14, D. 27. 3).

L'action de tutelle fut perpétuelle jusqu'à Théodose et devint ensuite prescriptible par trente ans, en conformité de la nouvelle règle générale édictée par ce prince. Elle s'éteint avant ce délai si le pupille a libéré son tuteur *transactione, vel novatione, vel acceptilatione.* (L. 7. C. 5, 51).

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, le juge jouit dans le *judicium tutelæ* d'une très grande liberté d'appréciation. Il peut même laisser dans certains cas au pupille le soin de déterminer le genre de satisfaction qu'il est en droit d'exiger.

C'est ainsi que lorsque le tuteur a acheté un immeuble en son nom personnel avec l'argent du mineur dont le dépôt lui avait été ordonné, ce dernier aura le choix, ou de prendre l'acquisition à son compte, ou d'exiger la restitution de ses capitaux avec les *legitimæ usuræ*, et le juge devra conformer son jugement à la décision prise par le pupille (L. 3. C. 5. 51).

De même, si un tuteur a prêté en son nom personnel les fonds de l'impubère, Marcellus pensait que ce dernier avait le droit de prendre pour lui les bons placements et de laisser les douteux et les mauvais au compte du tuteur ; cependant d'après lui, il serait plus juste que celui-ci pût mettre le pupille en demeure d'accepter ou de refuser en bloc toutes les créances (L. 16. D. 26, 7).

Le législateur avait prévu que les tuteurs pourraient avoir recours à des moyens détournés pour esquiver la reddition de comptes sérieux ; aussi avait-il pris quelques dispositions préventives pour empêcher des manœuvres destinées peut-être à jeter un voile sur les fraudes qu'ils auraient commises dans leur administration, *fraudem administrationis tegere.*

Aux termes d'un Sénatus-Consulte rendu sous Marc-Aurèle et Commode, le mariage fut interdit entre le tuteur et son ancienne pupille. Cette interdiction fut étendue au père du tuteur quand celui-ci était *in potestate*, elle atteignait toujours son fils, même *suî juris*, son petit-fils *ex filio*, son fils adoptif non émancipé, même son affranchi et son héritier externe (L. L. 36. 37. 59. 60 § 6, 64 § 1, 66 pr. D. 23. 2.).

Cependant, par exception, le mariage était permis, si le père de la jeune fille l'avait fiancée ou destinée par testament à l'une de ces personnes (L. 36. D. 23. 2.).

Cette prohibition ne prenait fin que par l'expiration du délai accordé à la mineure pour demander l'*in integrum restitutio*, c'est-à-dire, lorsqu'elle avait atteint vingt-cinq ans plus une année utile. En effet si elle n'avait pas reçu son compte à cette époque, elle conservait toujours à la vérité son *actio tutelæ* contre son tuteur, mais malgré cela

le but de ce dernier ne paraissait plus aussi douteux qu'auparavant, parce qu'il n'était plus exposé aux recours des tiers à qui l'*in integrum restitutio* eut porté préjudice (L. 6. C. 5. 6).

Si un mariage a été contracté au mépris du Sénatus-Consulte, il est nul. *Non est matrimonium* ; dit la loi 66 pr. (D. 23. 2).

En outre le mari perd le *jus capiendi ex testamento mulieris*, sans que l'incapacité soit réciproque :

Si tutor pupillam suam contrâ Senatus-Consultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento ejus capere potest, ipse autem non potest, et merito: delinquunt enim hi qui prohibitas nuptias contrahunt : et merito puniendi sunt, quod imputari non potest mulieri, quæ a tutore decepta est (L. 128. D. 30).

Enfin le tuteur, ou son fils, si c'est lui qui a contracté le mariage défendu, peuvent être notés d'infamie et poursuivis *extrà ordinem* pour être frappés d'un châtiment corporel *pro dignitate pupillæ*. (L. 66 pr. D. 23, 2. — L. 7. C. 5, 6).

Le tuteur ne peut aussi adroger son ex-pupille tant que celui-ci n'a pas atteint sa vingt-cinquième année (L. 17. pr. D. 1. 7.). — Toutefois un rescrit de l'empereur Antonin décide qu'on doit permettre à un tuteur d'adroger son *privignus*, beau-fils (L. 32, § 1. eod.).

L'*actio tutelæ* peut être intentée par le pupille contre tout individu qui gère la tutelle, sans être légalement investi de la qualité de tuteur (1) et elle peut même l'être

(1) *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse* (L. 1, § 1, D. 27, 5.)

à tout instant au cours de la tutelle, *quia tutor non est* (L. 1. § 3. D. 27. 5).

La loi 4 (D. 27. 5.) nous dit que celui qui gère ainsi de fait une tutelle, *eamdem fidem et diligentiam præstat quam, tutor præstaret.*

Il me reste, dans le cas où le pupille a plusieurs tuteurs, à examiner quelle est l'étendue de la responsabilité collective qui leur incombe.

On sait que ce cas se présentait fréquemment à Rome.

Aucune disposition ne restreignait la liberté du père de famille quant au nombre de tuteurs qu'il pouvait donner par testament à ses enfants. « *Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare* », disent d'une façon générale les Institutes (L. 1. T. XIII § 3.) D'autre part, en matière de tutelle légitime, le fait se produisait chaque fois qu'il se trouvait plusieurs agnats, parents du pupille au même degré le plus proche. Enfin, s'agissant de tutelles datives, la pluralité de tuteurs pouvait résulter de la force des choses, chaque magistrat n'ayant compétence que relativement aux biens de l'impubère situés dans les limites du territoire où s'exerçait sa juridiction.

La pluralité des tuteurs était dans son principe au point de vue de l'administration, une source de complications dangereuses pour les intérêts des pupilles, mais en établissant entre les tuteurs une surveillance réciproque et une responsabilité solidaire, bien qu'à des degrés divers, les jurisconsultes en neutralisèrent les effets fâcheux et en firent même découler un surcroît de garanties pour les mineurs.

Pour étudier la responsabilité des cotuteurs vis-à-vis du pupille je distinguerai deux hypothèses.

Première hypothèse. — La gestion a été divisée *in partes* ou *in regiones* par le père de famille ou par le magistrat.

In divisionem autem administratione deductâ, sive a præside, sive testatoris voluntate.

Pour ce cas ainsi prévu, la loi 2 au Code (5. 52) dispose que chaque tuteur ne doit répondre que de sa propre administration et n'encourt aucune responsabilité du chef de la gestion de ses collègues, à moins que par faute ou par dol, il ait omis de provoquer leur destitution, alors qu'ils étaient devenus suspects ; ou qu'il n'ait pris cette mesure que tardivement, quand leur insolvabilité était déjà un fait accompli ; ou encore que dans l'exercice du *crimen suspecti* dirigé contre eux, il ait trahi les intérêts de son pupille.

Deuxième hypothèse. — La gestion n'a pas été divisée par le père de famille ou par le magistrat.

On sait que dans cette hypothèse, les tuteurs peuvent conserver la gestion indivise ou prendre entre eux des arrangements relatifs à sa division ; mais leur responsabilité vis-à-vis du pupille n'en demeure pas moins invariable, *quia conventio tutorum*, dit Cujas, *non potest dividere officium tutelæ, quod est individuum, nisi id dividerit aut testator, aut judex. Conventio tutorum non potest dividere administrationis periculum quod est commune omnium tutorum. — Et generaliter non potest conventio lædere jus alterius.*

a. — Les tuteurs ont géré tous indivisément ou ils ont tous abandonné la gestion.

Ils sont alors tenus chacun *in solidum* de l'action de tutelle et le pupille peut choisir parmi eux pour l'attaquer celui qu'il lui plaît.

Ils jouissent toutefois de certains bénéfices que l'équité commande de leur accorder.

Ainsi le tuteur peut exiger la division de l'action entre lui et ceux de ses cotuteurs qui sont solvables. Cette division s'opère *pro virilibus portionibus*, puisque la faute a été commune. (L. 1, §§ 11 et 12, D. 27, 3),

Cum ex pluribus tutoribus unus, quod cæteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eum judicem mittuntur. (L. 2. D. 11. 2).

« C'est, dit M. Demangeat, le moyen le plus simple de réaliser exactement le bénéfice de division, qui avait été accordé aux tuteurs *exemplo fidejussorum*. En effet, le juge devant qui sont renvoyés tous ces tuteurs appréciera la solvabilité de chacun et distribuera également le fardeau de l'action de tutelle entre tous ceux qu'il trouvera solvables ». (Traité des obligations solidaires, p. 113).

Papinien, supposant que tous les tuteurs ont déserté l'administration, dit qu'ils doivent être tenus en commun *ut ejusdem pecuniæ debitores* et il ajoute : *Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio cæteri : nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.* (L. 38, pr. et § 1. D. 26, 7).

Si le pupille, usant de son droit, attaque tous les tuteurs ensemble, l'*actio judicati* se divisera *pro virilibus portionibus* entre ceux qui seront solvables au jour de la *litis contestatio.*

Le tuteur poursuivi jouit encore d'un autre droit, celui

de demander au pupille la cession de ses actions contre les collègues pour lesquels il est obligé de répondre. L'étude de ce bénéfice soulève un certain nombre de questions dont l'examen ne peut trouver place ici : je me bornerai à donner les solutions suivantes généralement acceptées :

1° La cession d'actions est obligatoire de la part du pupille.

2° Le tuteur peut la demander jusqu'au paiement de la dette.

3° Au cas où il ne l'a pas demandée ou s'il la demande trop tard, il lui est accordé une action utile qui a pour lui les mêmes avantages que ceux que la cession de l'action directe lui eût accordés. Ce point est toutefois controversé.

4° La cession faite au tuteur a pour effet de le subroger dans tous les droits du pupille, à l'exception toutefois du *privilegium* qui n'appartient qu'à ce dernier.

Il est possible que le pupille se soit mis dans l'impossibilité de faire une cession efficace, par exemple s'il a consenti des pactes *de non petendo* aux autres tuteurs. Pourra-t-il malgré cela demander au tuteur poursuivi la part de celui ou de ceux qu'il a lui-même libérés ? Évidemment non. *Si pupillus alterum ex tutoribus post pubertatem liberasset, improbe alterum illius nomine conabitur interpellare.* (L. 45. D. 26. 7.)

b. — Parmi les tuteurs, les uns ont géré, les autres n'ont pas géré.

Si ceux qui ont géré sont solvables quand finit la tutelle, c'est à eux que le pupille devra tout d'abord s'adresser. Il devra même ne pas apporter de retard à les poursuivre, car s'ils devenaient insolvables par la suite, il ne pour-

rait mettre en cause les tuteurs qui n'ont pas géré, dont la responsabilité serait dégagée par ce seul fait qu'il n'a pas pris les premiers à partie en temps utile.

Au cas au contraire ou les ex-gérants ne sont pas solvables, le pupille peut attaquer les autres, après avoir toutefois mis en cause les fidéjusseurs des premiers et les magistrats municipaux qui les ont nommés.

Les cotuteurs qui n'ont pas géré jouissent donc d'un véritable bénéfice de discussion.

Mais il est essentiel de remarquer que le fait matériel d'avoir administré n'est pas nécessaire pour qu'on puisse classer un tuteur dans la catégorie des tuteurs qui ont géré. On doit aussi considérer comme tels :

1° Ceux qui *alii gerandam tutelam mandaverunt.*

2° Ceux qui *satis a contutore acceperunt rem salvam pupillo futuram, eique permitterunt administrationem totius tutelæ.* (L. 55. § 2 D. 26,7.)

Enfin, il semble résulter de la même loi (§ 3) que le pupille doit d'abord poursuivre pour le tout le tuteur qui a géré l'ensemble du patrimoine ; celui qui n'aurait géré que quelques biens ne peut être attaqué en première ligne que relativement à ces biens et est considéré, quant aux autres, comme n'ayant pas géré.

J'ai parlé de tuteurs qui n'administrent pas, que pour ce motif on appelle *honoraires*, et dont la mission est toute de surveillance au regard des tuteurs qui gèrent. Il existe encore une autre classe de tuteurs contre qui le pupille peut exercer un recours dans certains cas : ce sont les tuteurs donnés *propter rerum notitiam.* On désigne sous ce nom des personnes choisies soit par le père de famille, soit par le magistrat pour aider les tuteurs de

leurs conseils en raison de la connaissance spéciale qu'elles peuvent avoir des affaires du pupille. D'après la loi 32 § 1 (D. 26,3.), leur responsabilité peut être la même que celle des cotuteurs, mais on n'est pas fixé sur les conditions dans lesquelles elles peuvent être mises en cause par les pupilles. Peut-être pourrait-on supposer que leurs attributions étaient variables, déterminées par la loi de leur nomination et que le degré de leur responsabilité était en rapport avec l'étendue de ces attributions (1).

La loi 1 au Code (2,4) décide que la transaction faite par le pupille avec l'un des tuteurs au sujet des faits de la tutelle, ne peut lui être opposée par les autres :

« *Neque pactio, neque transactio eum quibusdam ex curatoribus vel tutoribus facta, auxilio ceteris est in his quæ separatim communiterve gesserunt, vel gerere debuerunt* ».

2° *Actio ex stipulatu.*

Lorsque le tuteur a promis *rem pupilli salvam fore*, le pupille jouit de l'*actio ex stipulatu* contre lui et contre les fidéjusseurs qui ont garanti sa promesse.

Par cette action, le pupille poursuit le même but que par l'*actio tutelæ* : sauvegarder l'intégrité de son patrimoine. J'ai déjà dit, en effet, que la garantie résultant de la stipulation *rem pupilli salvam fore* embrassait l'universalité des biens de l'impubère, sans exception.

(1) Cf. L. 5, § 8. D. 26, 7. Il semble en résulter d'une part que la responsabilité du tuteur reste entière, malgré la présence d'un Conseil dont il doit prendre l'avis ; d'autre part que ce dernier n'en encourt aucune pour son compte.

Elle est donnée contre le tuteur pour toute négligence ou omission qu'il a commise dans son administration, bien que le patrimoine du pupille soit sauf (L. 11, D. 46, 6). C'est la conséquence du caractère strict de l'action.

S'adressant aux fidéjusseurs, le pupille peut élever des réclamations aussi étendues que contre le tuteur. La loi 10 (D. 46, 6) dit même à ce sujet : *si posteàquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquandiù moram fecerit : certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fidejussores, quam ipsum teneri.*

Le pupille a une *actio utilis ex stipulatu* contre le tuteur qui n'a pas géré, mais il faut pour cela que celui-ci ait été *compellendus ad administrationem.* (L. 4, § 3 D. 46. 6.)

L'*actio ex stipulatu*, comme l'*actio tutelæ* ne prend naissance qu'au moment ou expirent les fonctions de tuteur. *Istæque stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur.* (L. 4, § 4, D. 46, 6) ; mais, ajoute la même loi, si quelqu'un gère une tutelle sans en être investi, l'action se donnera contre lui, *statim atque quæque res salva non esse cœpisset.*

Si le tuteur est fait prisonnier, il y a lieu à l'*actio ex stipulatu* : *movet, quia finita tutela est, licet reciperari speretur : et puto posse agi,* dit Ulpien (L. 4 § 5 eod.)

D'une façon générale du reste toute cause qui met obstacle à l'exercice de l'action de tutelle, empêche également celui de l'*actio ex stipulatu.* (L. 4 § 6 eod.).

Le pupille peut diriger l'*actio ex stipulatu* à son gré contre le tuteur (ou ses héritiers) ou contre ses fidéjusseurs, mais il ne peut les mettre en cause *in solidum*

ensemble ou successivement ; s'il attaque d'abord les tuteurs, les fidéjusseurs sont libérés ; de même s'il poursuit ceux-ci en premier lieu, il perd l'*actio ex stipulatu* contre le tuteur, bien qu'il conserve l'*actio tutelæ directa*. Inversement il ne perd pas son *actio ex stipulatu* contre les fidéjusseurs, pour avoir d'abord fait ouvrir contre le tuteur le *judicium tutelæ*.

Le pupille peut attaquer ~~quelques~~ l'un seulement des fidéjusseurs *in solidum*, et celui qui ~~sont~~ est poursuivi ne peut ~~vent~~ invoquer le bénéfice de division. Papinien donne de cette dérogation aux règles du droit commun, le motif suivant : *pupillo vero agente qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est : ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur* (L. 12, D. 46, 6.).

Les fidéjusseurs avaient du reste un moyen de s'assurer à la fois les avantages des bénéfices de discussion et de division, ils pouvaient contracter leur engagement dans ce sens qu'ils promettaient seulement *se reddituros, quod ab eo (tutore) servari non potuisset*. Dans ce cas ils ne sont tenus que subsidiairement, et de plus Ulpien décide que l'*actio residui* doit être divisée entre ceux qui sont solvables, car, dit-il, *et si mandato plurium pecunia credatur, æque dividitur actio : et enim quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis æquitatem divisionis excludit ?* (L. 7. D. 27. 7.)

Il pouvait être de l'intérêt même du pupille que la promesse des fidéjusseurs ait eu lieu dans la forme que je viens d'indiquer, c'est-à-dire dans la forme d'une *fidejussio indemnitatis* ; en effet l'*actio ex stipulatu* étant d'abord

intentée contre le tuteur, la *litis contestatio* n'avait plus pour résultat d'éteindre le droit du pupille contre eux.

Le pupille a aussi une action contre les *nominatores* qui ont désigné le tuteur aux magistrats et contre les *adfirmatores* qui en affirmant sa solvabilité, ont appuyé la promesse des fidéjusseurs. Mais cette action n'est que subsidiaire, et elle ne peut être exercée par le pupille que s'il n'a pas obtenu une satisfaction complète dans ses poursuites contre le tuteur, ses cotuteurs et ses fidéjusseurs. (L. 4. § 3. D. 27. 7. — L. 4. C. 5. 75.).

Condamné sur l'action *ex stipulatu*, le tuteur n'encourt pas l'infamie.

3° *Actio subsidiaria.*

Lorsque le pupille a successivement poursuivi et fait condamner les tuteurs, les fidéjusseurs, ainsi que les nominatores et adfirmatores, il peut encore, s'il n'est pas complétement désintéressé, diriger un recours contre les magistrats qui ont été chargés de recevoir les cautions.

Ce recours qualifié d'*actio subsidiaria* parce qu'il constitue un *ultimum præsidium*, fut créé en faveur des pupilles par Trajan (L. 5 C. 5, 75). Le droit de l'exercer passe à leurs héritiers (L. 1, § 4. D. 27, 8).

En sont tenus, les magistrats qui ont omis d'exiger une caution du tuteur ou qui ont reçu une caution n'offrant pas une solvabilité suffisante, (Inst. § 2. I. 24.); de même, ceux qui avertis qu'un impubère était sans tuteur, ne lui en ont pas fait nommer un : *munere mandato non paruerunt* (L. 1 § 6. D. 27. 8).

Toutefois les magistrats ne répondent de l'insolvabilité des fidéjusseurs, qu'autant qu'elle existait déjà au moment où l'engagement a eu lieu. Ils ne répondent pas de l'insolvabilité survenue postérieurement. (L. 1, § 11. D. 27. 8.) Mais ajoute la même loi (§ 13) : *Probatio non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse.*

Du reste la cause de leur responsabilité réside, non pas dans le simple fait de n'avoir pas exigé une caution, mais dans le dommage qui a pu en résulter pour le pupille ; si ce dommage n'existe pas, ils ne peuvent être recherchés (L. 1. § 12, eod.).

Si un magistrat, sur la demande du *præses provinciæ* lui a simplement fourni des renseignements concernant un tuteur dont la nomination dépend de ce dernier, il ne sera pas exposé de ce chef à l'*actio subsidiaria*, à moins toutefois qu'il n'ait sciemment induit ce fonctionnaire en erreur, *gratia forte aut pecunia.* (L. 1 § 2. D. eod.).

Un texte d'Ulpien qui forme la loi 1 § 1 au Digeste (27. 8), nous apprend que ni le préteur, ni aucun autre magistrat *cui tutoris dandi jus est*, ne pouvait être tenu de l'*actio subsidiaria.* Il faut remarquer à ce sujet qu'à l'époque où écrivait Ulpien, les magistrats municipaux n'avaient pas le *jus dandi tutoris,* et étaient seulement chargés de recevoir les cautions.

Justinien exprimant la même idée dit aux Institutes : *neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius cui tutores dandi jus est, hac actione tenébitur ; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent.* (§ 4. 1. 24).

Mais les magistrats municipaux ayant vers l'époque de

Domitien reçu dans de certaines limites le *jus tutores dandi sine jussu*, faut-il en conclure qu'ils ont cessé en même temps d'être exposés à l'*actio subsidiaria*? Nullement ; cette augmentation de leurs attributions n'a pu les décharger de la responsabilité attachée à leurs premières fonctions par eux conservées. Aussi, M. Demangeat traduit-il ainsi le texte des Institutes : Ni le Préfet de la Ville, ni le Préteur, ni tout autre magistrat qui a *seulement* mission de nommer les tuteurs, n'est tenu de l'action subsidiaire.

La nature même de l'*actio subsidiaria* indique que son objet est le même que celui de l'*actio tutelæ* et que comme celle-ci elle ne peut être intentée que lorsque la tutelle a pris fin. Le magistrat y répond de son dol et de sa faute lourde (L. 1, § 3 D. 27, 8).

Si plusieurs magistrats en sont tenus, l'action pourra être donnée pour le tout contre chacun d'eux, au cas de dol commun ; mais au cas de faute, elle sera divisée entre ceux qui sont également solvables. (L. 7. D. 27.8. L. 3 c. 5, 75.)

S'il a été convenu entre les magistrats municipaux, *ut alterius tantum periculo tutores darentur*, cette convention ne peut nuire au pupille : *conventione enim duumvirorum jus publicum mutari non potest*. Toutefois elle ne sera pas dénuée d'effet : le pupille devra d'abord attaquer le magistrat sur qui a été fixé le *periculum* résultant de la *datio tutoris*, et ce n'est qu'après avoir discuté les biens de ce dernier qu'il pourra mettre ses collègues en cause (L. 1, § 9, D. 27, 8.)

Les héritiers du magistrat sont-ils exposés à l'*actio subsidiaria* ? En s'en tenant aux règles ordinaires, il eut fallu répondre négativement, mais l'intérêt des pupilles

avait fait prévaloir une solution contraire, *tam ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus* (Inst. § 2 in fine. 1, 24). Du reste il faut pour cela que le magistrat se soit rendu coupable de dol ou tout au moins d'une faute très lourde. *Magistratus quidem in omne periculum succedit : heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est.* (L. 4 D. 27,8). Il résulte encore d'un autre texte de Digeste (L. 6.27, 8) que l'*actio subsidiaria* n'est donnée contre les héritiers du magistrat que *cognita causa* et encore si *evidenter magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt* (1).

Au cas où le magistrat est fils de famille, l'*actio subsidiaria* pourra-t-elle être donnée contre son père ? Julien répond qu'elle le pourra mais *de peculio* seulement, *nam et si voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra, quam de peculio conveniri : quasi rempublicam salvam (solam) fore promittat, qui dat voluntatem, ut filius decurio creetur.* (L. 1 § 17. D. 27. 8.)

L'*actio subsidiaria* n'atteint pas l'*Ordo*, mais seulement les magistrats qui ont nommé le tuteur. Toutefois il en serait différemment, si ceux de ses membres qui étaient présents à la *datio tutoris*, avaient spontanément engagé leur responsabilité, *si in se periculum receperint : utilis ergo in eos actio competit.* (L. 1. § 1. D. 27. 8.)

Pour atténuer la responsabilité qui pouvait leur incomber, les magistrats municipaux avaient imaginé d'exiger du tuteur la promesse *se eo nomine indemnes futuros, et si quid præstitissent repetituros* et de faire garantir l'effet de cette promesse par des fidéjusseurs qui s'obli-

(1) *In heredes magistratus, cujus non lata culpa idonei cautum pupillo non est, non solet actio dari* (L. 2. C. 5, 75).

geaient directement envers eux. Le pupille pouvait, après avoir discuté les biens des magistrats, obtenir d'eux la cession de leurs actions contre les fidéjusseurs qu'ils s'étaient fait donner, et poursuivre ces derniers comme les magistrats eussent pu le faire eux-mêmes. Du reste en vertu du principe que toute cession d'actions nécessaire est réputée accomplie, le pupille fut admis à attaquer directement les fidéjusseurs aux lieu et place du magistrat. (L. 1. C. 5. 75.).

4° *Actio de rationibus distrahendis.*

La loi 1 § 19 au Digeste (27. 3) nous dit : *Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores qui legitimi fuerunt, sed omnes qui jure tutores sunt et gerunt tutelam.*

En s'exprimant ainsi, Ulpien semble laisser entendre que cette action fut, dans le principe instituée contre les seuls tuteurs légitimes. On suppose que, le *crimen suspecti* n'ayant pas été possible pendant longtemps à leur égard, elle eut d'abord pour but de donner aux pupilles une garantie contre les détournements dont ils s'étaient rendus coupables et qu'on n'avait pu prévenir en leur enlevant la tutelle.

L'origine ancienne de cette action rend cette supposition vraisemblable. Elle remonte en effet à la loi des XII Tables. (Cicéron, De off. XV. — L. 55, § 1, D. 26. 7).

L'exercice de l'*actio rationibus distrahendis* suppose que le tuteur a commis des détournements au préjudice de son pupille. Par elle ce dernier obtient une condamnation au double de la valeur des choses détournées ; la moitié de cette somme représente l'indemnité qui lui est

due, l'autre moitié constitue une peine pour le tuteur. (L. 2, § 2. D. 27. 3).

Ulpien se demande si c'est la valeur réelle des choses qui doit être ainsi portée au double dans la condamnation, *an etiam quod intersit pupilli? Et magis esse arbitror*, répond-il, *in hâc actione quod interest non venire, sed rei tantum æstimationem.* (L. 1, § 20, D. 27. 3).

L'action *de rationibus distrahendis*, comme les précédentes, n'est possible que *finita tutelâ*. (L. 1, § 24. D. 27. 3). Elle est perpétuelle et est transmissible aux héritiers du pupille ; mais en raison de son caractère pénal, elle ne se donne pas contre les héritiers du tuteur (L. 1. § 23. eod.).

L'action de tutelle et l'action *de rationibus distrahendis* procèdent *ex una obligatione*, par suite le pupille ne peut les exercer ensemble ni successivement ; l'une étant intentée, l'autre s'éteint (L. 1, § 21 eod.).

Le tuteur qui a détourné les fonds du pupille est passible de la *condictio furtiva* et de l'*actio furti*.

La *condictio furtiva* ayant pour but la *persecutio rei*, il en résulte que si l'*actio de rationibus distrahendis* qui poursuit le même objet a déjà été exercée, la première cesse d'être possible.

En suivant les règles habituelles en matière de cumul des actions, il aurait fallu décider que la *condictio furtiva* ayant été intentée la première, l'*actio de rationibus distrahendis* restait possible pour la moitié représentant le double des choses détournées, mais cette conséquence n'a pas été admise, *quia nihil absit pupillo* (L. 2, § 1 D, 27. 3).

En revanche, l'*actio furti* reste possible, même après l'exercice de l'action de tutelle ou de l'action *de rationi-*

bus distrahendis : nec enim eadem est obligatio furti ac tutelæ, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes : nam et tutelæ et furti obligatur (tutor) L. 1, § 22, D. eod.) — Si donc c'est l'action moins avantageuse qui est exercée la première, l'autre pourra être donnée afin de procurer au pupille le complément de satisfaction qu'elle rend possible.

Pour triompher dans l'*actio furti*, le pupille doit prouver l'intention criminelle de son tuteur : *animus furandi*, tandis que dans l'*actio de rationibus distrahendis* il n'a qu'à établir le fait matériel du détournement. Il aura donc la plupart du temps plus d'intérêt à exercer cette dernière, bien que par l'*actio furti* il puisse obtenir également le double et même le quadruple, suivant les cas, de la valeur des choses disparues.

Condamné sur l'*actio de rationibus distrahendis*, le tuteur encourt l'infamie.

§ 11

Du privilegium et de l'hypothèque légale

Il peut arriver que le pupille poursuivant le paiement du reliquat de son compte, se heurte à un dernier obstacle de fait, après qu'il aura obtenu une condamnation faisant droit à sa demande. Que son tuteur soit dans une situation de fortune obérée et que lors de la vente de ses biens, d'autres créanciers se présentent pour être payés, le pupille, en l'absence de toute cause de préférence devra subir leur concours et sera par suite exposé à souffrir un grave pré-

judice, la restitution ordonnée à son profit pouvant ainsi ne se réaliser qu'en partie. Aussi pour éviter ce résultat fâcheux, deux garanties ont-elles été créées successivement en sa faveur : un *privilegium* et une *hypothèque légale*.

1° *Du privilegium*

Le *privilegium* confère au pupille le droit d'être payé par préférence aux créanciers chirographaires de son tuteur, mais il est primé par toute hypothèque même postérieure en date. La loi 9 au Code (8, 18) dit à ce sujet : *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat.*

La garantie qui en découle est donc encore bien précaire et bien incertaine.

Le droit de suite n'est pas attaché au *privilegium*, non plus que le droit de faire vendre individuellement les biens du tuteur. Ce n'est qu'après la vente en masse de ses biens que le pupille exercera sur le prix son droit de préférence.

On distingue en général deux sortes de *privilegia* :

Ceux qui sont attachés à la personne et qui pour ce motif on appelle *privilegia personæ*.

Et ceux qui sont une qualité de la créance, les *privilegia causæ*.

Le *privilegium* du pupille appartient à la première catégorie, c'est un *privilegium personæ*. Il en résulte qu'il ne passe pas aux héritiers du mineur : *ipse autem pupillus habet privilegium : sed ejus successores non habent* (L. 19, § 1, D. 42. 5). Il ne peut non plus faire l'objet d'une cession : *Ex pluribus tutoribus in solidum unum*

tutorem judex condemnavit, in rem suam judicatus procurator datus, privilegium non habebit. (L. 42, D. 26, 7). Et le même texte ajoute : *quod nec heredi pupilli datur : non enim causæ, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem.*

Enfin le privilège du pupille périt, si la créance résultant du compte de tutelle est l'objet d'une novation. (L. 29, D. 46. 2.)

Il n'y a du reste en tout ceci qu'une application de la règle générale formulée par la loi 196. (D. 50. 17) (1).

Le *privilegium* existe au profit de l'*infans conceptus* contre le curateur au ventre, mais il disparaît, *si non partus editus sit.* (L. 24. D. 42. 5) (2).

Il peut être exercé non seulement contre le tuteur, mais aussi contre ses héritiers et représentants. (L. 19, § 1. D. 42, 5).

Si quelqu'un sans être tuteur a géré *pro tutore*, le *privilegium* naît sur ses biens au profit de l'impubère. (L. 19, § 1. D. 42. 5). De même si quelqu'un a administré les affaires du pupille *ex officio amicitiæ*, le privilège de ce dernier sera conservé. (L. 23. D. 42, 5).

Le *defensor* du tuteur du pupille qui a perdu un procès où les intérêts de ce dernier étaient engagés, ne pourra soustraire ses biens à l'effet du *privilegium* : *neque enim sponte cum eo pupillus contraxit* (L. 22. D. 27. 3).

Après avoir établi que le même droit de préférence doit appartenir au créancier qui a désintéressé de ses deniers

(1) *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ : et ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt : quæ personnæ ad heredem non transeunt.*

(2) Le *privilegium* fut accordé aux *sourds*, aux *muets*, aux *fous*, sur les biens de leurs curateurs ; il fut refusé aux *absents* et aux *captifs* (L. L. 20. 21 et 22 D. 42, 5).

personnels les créanciers privilégiés, Ulpien se demande (L. 24 § 3. D. 42, 5) s'il est nécessaire pour cela que ce créancier ait payé directement ceux-ci ou s'il a pu prendre valablement le débiteur pour intermédiaire, c'est-à-dire lui remettre les fonds pour qu'il se libère lui-même ; et il est d'avis que ce dernier procédé suffit à procurer la subrogation sous la restriction suivante : *quod quidem potest benigne dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit* (1).

En ce qui concerne le rang qui était assigné au *privilegium* du pupille, on n'a pas d'indications précises. La loi 32 au Digeste (42, 5) établit seulement cette règle générale : *Privilegia non ex tempore æstimantur et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis fuerunt* ». (Voir Maynz. II § 300, note 23).

L'époque de la création du *privilegium* est aussi incertaine. Il paraît avoir été établi par des constitutions impériales.

2° *De l'hypothèque légale*

Ainsi qu'on vient de le voir, le *privilegium* présentait bien des imperfections. N'engendrant pas de droit de suite, il se résolvait en un simple droit de préférence, lequel n'était opposable qu'aux créanciers chirographaires ; il ne conférait pas le *jus distrahendi* et n'était pas transmissible.

Une première garantie plus directe fut accordée aux

(1) *In personalibus actionibus qui poste à quidem contraxerunt, verum ut pecuniæ eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt* (L. 2. D. 42. 3).

impubères par la création dans une circonstance spéciale d'un droit d'hypothèque légale.

Lorsque le tuteur avait indûment aliéné une chose appartenant à son pupille, celui-ci était prémuni contre les conséquences de cette aliénation par la *vindicatio rei* qu'il conservait le droit d'exercer au regard de l'acquéreur ; cependant si cette chose était fongible, s'il s'agissait par exemple d'argent dissipé, il est évident que la revendication devenait en fait impossible. Mais en partant de cette idée, et en supposant que le tuteur avait employé l'argent à acheter une chose en son nom personnel, on fut conduit à substituer dans ce cas à la *vindicatio rei* un droit d'hypothèque au profit du pupille sur l'objet qui était envisagé pour ainsi dire comme la représentation de ses capitaux disparus.

Ce droit d'hypothèque fut établi par une Constitution qui paraît due à Septime Sévère et à Caracalla. Dans un rescrit qui forme au Code la loi 6 (7,8,) l'empereur Alexandre Sévère rappelle que toute chose acquise des deniers pupillaires est frappée « *jure pignoris ex Constitutione divorum parentum meorum* ». Il résulte d'autre part de la loi 7 au Digeste (20,4) que cette sûreté existait déjà au profit des impubères à l'époque où écrivait Ulpien.

L'hypothèse dans laquelle l'hypothèque prend naissance est nettement déterminée par les textes. Il faut qu'il y ait eu emploi des deniers pupillaires à l'acquisition d'une chose. Peu importe du reste que le tuteur ait fait l'achat en son nom personnel ou sous le couvert d'un tiers.

Quand l'acquisition a été faite par le tuteur, le pupille

a aussi une *vindicatio utilis* (1). Possédant ainsi deux actions, il peut au cas où la chose est demeurée aux mains de ce dernier, choisir celle qui lui offre le plus d'avantages ; s'il tient à sa possession ou si l'hypothèque devait être primée par l'hypothèque privilégiée de la femme, il agira par la *vindicatio utilis* ; si au contraire il préfère recouvrer ses capitaux avec les *legitimæ usuræ*, il exercera l'action hypothécaire. Au cas où le tuteur aurait déjà revendu la chose, cette dernière serait bien entendu seule possible.

Par l'effet de son hypothèque légale, le pupille a désormais un droit de suite sur le bien qui en est l'objet ; il peut faire vendre ce bien isolément et si le prix en est suffisant pour le désintéresser, il s'évitera ainsi les formalités en même temps qu'il épargnera à son tuteur les ennuis d'une *venditio bonorum*. Enfin son droit devient opposable à tous ceux qui ont acquis sur le même bien une hypothèque postérieure à l'acquisition du tuteur ; de plus il ne constitue plus une faveur exclusivement personnelle et est transmissible à ses héritiers.

Toutefois cette nouvelle garantie restait encore insuffisante en ce sens qu'elle était restreinte à un cas trop spécial : le tuteur infidèle n'avait en effet pour se soustraire à son effet, qu'à s'abstenir d'employer en acquisitions personnelles les capitaux de son pupille.

Mais la voie était ouverte, et l'idée ne devait pas tarder à venir de soumettre le patrimoine entier des tuteurs à une hypothèque générale au profit de leurs pupilles. A

(1) *Si tutor vel curator pecunia ejus cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit : utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam* (L. 2. D. 26, 9).

quelle époque précise cette idée prit-elle corps et devint-elle une réalité pratique ? Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point.

D'après les uns, l'hypothèque légale générale des mineurs aurait été créée par Constantin. Dans un rescrit qui forme au Code la loi 20 (5, 37) ce prince établit en effet que le pupille peut exercer un droit de suite sur les biens de son tuteur, *tanquam pignoris titulo obligata.* Mais, comme le remarque M. Accarias, « on ne voit pas s'il innove ou s'il ne fait que constater une règle déjà reçue » (Précis. I. p. 419, note 3.)

Selon les autres, elle remonterait à l'époque de Septime Sévère, ainsi qu'en témoigne une constitution de cet empereur qui forme la loi unique au Code (4. 53) : *non est interdictum tutoribus et curatoribus et si ex eo titulo judicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro, nam et privato potuisset.* Que peut en effet signifier l'expression *cum suo onere,* si elle ne se rapporte pas à l'hypothèque générale du pupille ?

La question est des plus obscures et ne présente du reste qu'un intérêt médiocre.

L'hypothèque légale générale frappe les biens de tous les tuteurs sans exception. Aucun texte cependant n'en grève ceux du tuteur de fait. Il semble aussi résulter de la Novelle XXII, cap. 40, que la mère tutrice n'y est soumise que si elle contracte un second mariage avant d'avoir provoqué la nomination d'un second tuteur, rendu son compte de tutelle, et acquitté le reliquat intégral dont ce compte l'a rendu débitrice envers ses enfants.

Ce qui rendrait encore admissible cette idée que la

mère hors ce cas, n'était pas soumise à l'hypothèque légale, c'est qu'elle-même et la grand'mère, lorsqu'elles se trouvaient d'ailleurs dans les conditions requises pour être appelées à la tutelle (1), devaient consentir une hypothèque conventionnelle sur leurs biens, au profit du pupille.

L'hypothèque légale générale comme le *privilegium* garantit tout ce que le pupille peut réclamer par l'*actio tutelæ*.

Elle prend rang du jour de l'ouverture de la tutelle. C'est du moins ce que décide Justinien, tranchant les doutes qui paraissent avoir existé au sujet de la date qu'il convenait d'assigner à la naissance des hypothèques légales.

Sed cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis cæterisque donationibus, quas servare necesse est, et dubitabatur : ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio, an ex eo (tempore) ex quo male aliquid gestum est ? compendiosa narratione interpretamur, initium gerendæ vel deserendæ administrationis, vel observationis esse spectandum, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit. (L. 6, § 4, C. 6, 61).

Justinien privilégia par la suite l'hypothèque légale des femmes mariées, mais il n'accorda pas la même faveur à celle des pupilles.

(1) A défaut de tuteur testamentaire et quand elles étaient héritières présomptives des impubères.

D'après M. Jourdan, cette hypothèque conventionnelle n'exclurait pas la possibilité de l'hypothèque légale : elle ne serait qu'une solennité destinée à rappeler à la mère son devoir de fidélité. De l'hyp. p. 429.

§ III

De l'in integrum restitutio

La tutelle romaine prenant fin trop tôt (1), offrait le grave inconvénient de laisser les mineurs maîtres d'eux-mêmes et de leurs biens à un âge où ils n'étaient pas suffisamment préparés au maniement des affaires, et de les livrer souvent comme une proie facile à l'avidité des usuriers qui pullulaient à Rome. Il est probable que de nombreux abus se produisirent de bonne heure, car dès le milieu du VI^me^ siècle, une loi Plætoria fut rendue dans le but de les protéger contre leur propre faiblesse.

Cette loi frappa de diverses pénalités (2) toute personne qui aurait abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans en contractant avec lui, et afin de diminuer les chances d'impunité pour les coupables, elle créa contre eux une accusation criminelle ouverte à tous. De plus elle permit très probablement au mineur trompé d' « opposer par voie de défense, peut-être même par voie d'action, la nul-

(1) D'après la constitution de Servius Tullius, les hommes devenaient pubères à dix-sept ans ; mais le père de famille pouvait devancer l'époque de la puberté légale pour ses enfants en leur faisant prendre la robe virile. Lorsque cette Constitution tomba en désuétude sous l'Empire, les jurisconsultes ne furent pas d'accord sur l'âge à partir duquel l'homme serait considéré comme pubère. Les Proculiens avaient adopté l'âge de quatorze ans et Justinien confirma leur avis (Inst. pr. I. 22). Quant aux femmes, elles furent de tout temps réputées pubères à douze ans, mais on sait que pendant longtemps, elles durent rester en tutelle perpétuelle.

(2) La condamnation emportait l'infamie pour le coupable qui devenait incapable de figurer dans l'Ordo ou corps des décurions.

lité de ses engagements. » (Accarias. Précis I, p. 436). Mais d'autre part, comme les mineurs de vingt-cinq ans perdant ainsi tout crédit, n'eussent pu désormais trouver personne qui voulut traiter avec eux, elle les autorisait à se faire assister dans chaque affaire d'un curateur spécial, dont la présence était pour les tiers une garantie que les contrats passés échapperaient aux sévérités de la loi.

Le Préteur alla plus loin ; prévoyant le cas où sans avoir été victimes de machinations coupables (1), les mineurs pourraient s'être laissé entraîner à des actes de nature à compromettre leurs intérêts, il créa en leur faveur *l'in integrum restitutio*. Aucune institution juridique, surtout dans le développement qui lui fut donné par la suite, ne témoigne à un pareil degré du souci de l'équité qui guida constamment ce magistrat dans ses innovations: ici en effet, il s'attaque directement au droit lui-même pour arrêter des abus que celui-ci non seulement est impuissant à réprimer, mais qui se couvrent de sa protection.

L'in integrum restitutio consiste dans la mise à néant d'un acte régulier et valable selon le droit civil, et le rétablissement intégral de l'état de choses auquel aurait pu porter atteinte l'exécution de cet acte.

De certaines allusions qui paraissent y avoir été faites par Térence et par Cicéron, les auteurs ont conclu qu'elle avait été introduite dans l'Édit du Préteur antérieurement à l'Empire.

(1) *Si res pupillaris vel adolescentes distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet ; venditio quidem valet, verumtamen, si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur, etiam si collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.* (L. 49. D. 4, 4).

L'in integrum restitutio fut tout d'abord établie au profit des mineurs de vingt-cinq ans.

Hoc edictum, dit Ulpien, *prætor naturalem æquitatem secutus proposuit : quo tutelam minorum suscepit : nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum hujus modi ætatium consilium, et multis captionibus suppositum, multorùm insidiis expositum : auxilium eis prætor hoc edicto pollicitus est, et adversùs captiones capitulationem. — Prætor edicit : quod cum minore quam vigintis quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quæque res erit animadvertam* (L. 1 pr. et § 1 D. 4, 4.).

Aucune distinction ne paraît avoir été faite entre les mineurs pourvus ou non d'un curateur. Le droit de demander la *restitutio* existait pour tous (L. 2. C. 2. 25.) ; on conçoit cependant qu'elle devait être plus difficilement accordée à ceux qui s'étaient fait assister.

Le Préteur finit par l'admettre au profit des pupilles tant pour les actes qu'ils avaient faits *tutore auctore* (L. 29 pr. D. 4, 4.), que pour les actes de gestion émanant du tuteur seul. (L. 47 pr. D. 4, 4.). Cette extension peut se justifier si l'on remarque que la *restitutio* a pour but de protéger les mineurs contre les dangers auxquels les expose leur jeunesse : or, s'ils sont soumis à l'autorité de tuteurs, n'est-ce pas par une conséquence de cette *infirmitas ætatis*, qui devient ainsi, bien qu'indirectement, la cause du préjudice dont ils ont à se plaindre ? En fait, elle fut probablement amenée par la nécessité de couper court à des manœuvres devenues trop habituelles : l'art de tourner la loi en la respectant devait déjà fleurir dans la pratique romaine.

Le droit à la *restitutio* passe à tous les successibles

du mineur. *Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, et si sunt ipsi majores* (L. 18 § 5 D. 4. 4.)

En principe, la *restitutio* est accordée *in rem*, c'est-à-dire contre toute personne qui détient la chose du pupille. *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet eum eo non sit contractum : ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti : potest desiderare interdum adversus possessorem restitui ne rem suam perdat, vel re sua careat : et hoc vel cognitione prætoria, vel rescissâ alienatione, dato in rem judicio.*

En supposant que l'acheteur ait lui-même revendu la chose, la *restitutio* pourra encore être accordée contre le nouvel acquéreur. Toutefois Labéon était d'avis qu'elle devait être refusée dans ce cas, si le premier acquéreur étant d'ailleurs solvable, le sous-acquéreur était de bonne foi (L. 13 § 1 D. 4. 4.)

Il paraît résulter de la loi 27 § 4 au Digeste (4. 4.) qu'aucune personne ne pouvait, à raison de sa qualité, échapper à la *restitutio in integrum*. Toutefois Justinien nous apprend (L. 2. C. 2. 42.) qu'il existait des doutes *apud veteres* sur le point de savoir si les enfants avaient le droit de la demander au regard de leurs parents, ou les affranchis aux regards de leurs patrons ; et pour mettre fin à toute controverse, il décide qu'ils ne doivent pas l'avoir : *nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem : cum proculdubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suæ opinioni contrarium existat.*

J'ai dit plus haut que la *restitutio in integrum* avait

pour effet de briser un contrat parfaitement valable (1).

Il en résulte que s'il s'agit d'un acte irrégulier ou à l'occasion duquel n'ont pas été remplies les formalités exigées par la loi, le pupille devra agir selon les règles du droit commun pour en faire prononcer la nullité.

Deux conditions doivent encore se trouver réunies pour que le mineur obtienne la *restitutio*.

1° Il faut qu'il n'ait à sa disposition aucune autre voie de recours ; sa demande ne sera pas recevable, s'il doit trouver dans l'exercice des actions qui lui sont accordées, tant contre son tuteur que contre les cautions et les magistrats municipaux, une réparation complète du dommage occasionné par l'acte régulier dans la forme que son tuteur a accompli, ou pour lequel ce dernier lui a prêté à tort son concours.

Toutefois, par réparation complète, il ne faut pas entendre seulement le fait d'être indemnisé : il doit aussi être tenu compte de l'intérêt même moral que le mineur peut avoir à obtenir la *restitutio*. Ainsi, si son tuteur a vendu un bien lui appartenant à un prix inférieur à sa valeur, ou encore un immeuble à la possession duquel il attache une importance particulière en raison de souvenirs de famille, il pourra, s'il le préfère, recouvrer par ce moyen sa chose elle-même, bien que la solvabilité de son tuteur puisse lui garantir une entière satisfaction au point de vue pécuniaire (L. L. 3 et 5 C. 2, 25).

L'*in integrum restitutio* est donc en définitive un secours extraordinaire et une voie de recours subsidiaire.

(1) Tous les actes peuvent être l'objet d'une *restitutio* à l'exception de ceux qui sont par leur nature irrévocables (Voir L.7. D. 4,4).

2° Le pupille doit fournir la preuve qu'il a subi une lésion.

Il n'est pas nécessaire du reste que cette lésion résulte d'un acte positif; elle peut provenir simplement d'une omission ou d'une négligence (1) : il suffit quelquefois que le pupille ait manqué une occasion de s'enrichir (2).

La loi 7 § 8 au Digeste (4,4) lui accorde même le bénéfice de la *restitutio*, si, après la vente aux enchères de ses biens, il trouve d'un tiers un prix plus élevé que celui qui en a été obtenu.

Pour être prise en considération, la lésion doit être contenue en principe dans l'acte qu'il s'agit de rescinder. De plus, elle ne doit pas être le résultat d'un cas fortuit : il n'y aurait pas lieu, par exemple, à la *restitutio*, si le pupille ayant acheté un esclave, celui-ci venait à périr accidentellement.

Il faut encore que la lésion ait une certaine importance par application de la maxime : *De minimis non curat prætor* (L. 24, § 1 D. 4, 4).

Enfin le magistrat ne tiendra pas compte du préjudice qui est la conséquence de l'application d'une règle de droit (Accarias. Précis I. p. 446) (3).

(1) Par exemple, lorsque le pupille ne fait pas appel d'un jugement dans le délai voulu ou se laisse condamner par défaut (L. 7 § 11 et L. 8. D. 4, 4) ; lorsqu'ayant à sa disposition un moyen de défense, il omet de s'en prévaloir (L. 36. D. 4,4) ; lorsqu'il laisse prescrire une action temporaire ou ne demande pas une bonorum possessio dans le délai prescrit (L. 44. D. 4,4) ; si un tiers usucape sa chose (L. 1. C. 2, 36).

(2) *Hodie, certo jure utimur, ut et in lucro minoribus succuratur. — Pomponius quoque lib. 28 scribit : Et si sine dolo cujusquam legatum repudiaverit vel in optionis legato captus sit, dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit, illam aut illam et pretiosiorem dederit, debere subveniri : et subveniendum est.* (L. 7 § § 6 et 7. D. 4, 4).

(3) Ainsi l'action appartenant à un pupille contre les fidéjusseurs a

Ulpien résume en ces termes les circonstances qui peuvent faire naître au profit des mineurs le droit à la *restitutio in integrum : Non omnia quæ minores annis viginti quinque gerunt irrita sunt, sed ea tantum quæ causa cognita, ejus modi deprehensa sunt, ut, si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt ; aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiserunt : aut se oneri quod non suscipere licuit, obligaverunt* (L. 44. D. 4, 4.)

Le magistrat jouit dans l'examen de ces circonstances d'un large pouvoir d'appréciation et sa mission, on le voit, sera quelquefois particulièrement délicate. Il ne doit pas de plus perdre de vue le dommage dont l'abus de la *restitutio* serait la source pour les intérêts des tiers et pour le crédit des incapables eux-mêmes. Aussi n'aura-t-il recours à cette mesure extrême, que si les mineurs ont été manifestement trompés *aut tàm negligenter in ea causa versati sunt* (L. 24, § 1 D. 4, 4.). D'une façon générale, il n'accordera la *restitutio* que lorsqu'il aura acquis la conviction qu'il se trouve en présence d'une injustice à réparer.

Le pupille conserve le droit de demander la *restitutio in integrum* pendant toute sa minorité et jusqu'à ce qu'il se soit écoulé une année utile, à compter du jour ou il a accompli sa vingt-cinquième année (1).

été divisée entre eux tous alors que l'un d'eux était déjà insolvable. La *restitutio* sera accordée et l'action divisée de nouveau. Mais si tous étaient solvables au moment de la division et que l'un d'eux ne soit devenu insolvable que par la suite, le pupille n'obtiendra pas la *restitutio : fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt damnum dabit.* (L. 52 D. 46. 1.).

(1) Le pupille peut du reste ratifier par un pacte l'acte sujet à res-

Justinien remplaça ce dernier délai par un délai fixe de quatre années calculé à compter de la même époque.

Lorsque le mineur est décédé, étant encore dans le temps voulu pour demander la *restitutio*, son héritier se trouvera à partir de l'adition d'hérédité dans la même situation que se trouvait le mineur ; si donc ce dernier est décédé avant sa vingt-cinquième année, son représentant jouira d'un délai de quatre ans. Si au contraire il est décédé après cette époque, celui-ci jouira du délai qui restait à courir au profit du mineur lui-même.

La connaissance des demandes en *restitutio in integrum* appartenait aux magistrats supérieurs, en général au *préteur* et au *præses provinciæ*.

S'il s'agit d'un jugement, l'affaire sera portée soit devant le magistrat qui a lui-même jugé ou qui a nommé le juge, ou devant son successeur, soit devant un magistrat supérieur. *Minor autem magistratus contrà sententiam majorum non restituet.* (L. 18, pr. D. 4, 4). Par suite, l'empereur pourra seul accorder la *restitutio* contre les décisions émanant soit de lui-même, soit de juges qu'il a désignés. (L. 18, § § 3 et 4, D. 4, 4. — L. 1, C. 2, 47).

Ainsi que je l'ai déjà dit, le magistrat statue *cognita causa* (1) *et præsentibus adversariis* ; toutefois au cas où ceux-ci feraient défaut la *restitutio* pourrait n'en être pas moins accordée. (L. 13, pr. D. 4, 4).

Restitutio ita facienda est ut unus quisque jus suum recipiat. (L. 24 § 4. D. 4. 4). C'est en ces termes que Paul indique quel doit être le résultat de la *restitutio* prononcée.

(1) *Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur : totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* (L. 24. § 3. D. 4.4).

Chaque partie doit être remise exactement dans la situation ou elle se trouvait avant l'acte ou le jugement rescindé.

Toutefois cette règle est toujours limitée par la suivante, que le pupille n'est tenu que dans les limites de son enrichissement. Ainsi, s'il a vendu une chose, le magistrat ordonnera qu'elle lui soit remise avec les fruits, tandis que lui-même devra rendre le prix, s'il l'a conservé ou s'il l'a employé à son profit. S'il l'avait dissipé en dépenses inutiles, il ne serait pas tenu à restitution.

On trouve dans la loi 26 § 8 (D. 4, 6) un exemple qui montre bien quel peut être l'effet de la *restitutio* : *Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit ut puta rem tuam possedi, uno minus die statuto in usucapionibus tempore, deinde, reipublicæ causa abesse cœpi, restitutio adversus me unius diei facienda est.*

Le magistrat en prononçant la *restitutio*, fixait lui-même les prestations à opérer de part et d'autre. Mais il pouvait se faire que ces prestations ne fussent pas toujours faciles à déterminer, pour peu que l'affaire offrît quelques complications, dans le cas d'une adition d'hérédité, par exemple. Le magistrat devait alors probablement renvoyer les parties devant des juges chargés d'établir les restitutions incombant à chacune d'elles.

Il est difficile de ne pas remarquer que la *restitutio in integrum* offre quelque ressemblance avec l'action en rescision qui résulte au profit du mineur de l'article 1305 du code civil.

Leur principal trait commun consiste dans la nécessité de l'existence d'une lésion pour qu'elles soient admises l'une et l'autre et par suite dans la *cognitio causæ*.

On sait que dans notre droit lorsqu'il s'agit d'actes qui ne peuvent être accomplis que moyennant l'accomplissement de certaines formes prescrites par la loi, la nullité en est prononcée sur le seul fondement que les formes n'ont pas été observées, sans aucun examen de leur mérite intrinsèque. Au contraire, si le mineur a fait lui-même un acte que son tuteur eut pu réaliser seul, il n'en pourra obtenir la rescision qu'à la condition de prouver qu'il a été victime d'une lésion, ce qui suppose une étude de la valeur de cet acte.

Mais l'analogie ne va pas plus loin.

Ainsi l'action basée sur l'article 1305 du Code civil n'est pas accordée au mineur contre les actes que le tuteur a accomplis seul dans la limite de ses pouvoirs, bien qu'il en résulte un préjudice pour lui ; à plus forte raison, contre les actes revêtus des formes prescrites.

Il ne paraît pas non plus certain que la règle : *De minimis non curat prætor*, doive être aujourd'hui appliquée, bien que les auteurs l'enseignent en général.

CONCLUSION

Si l'on prend la tutelle romaine à l'époque où elle a atteint son plus haut degré de perfection, on reconnaîtra que le système de garanties qu'elle renferme contre les pouvoirs des tuteurs est aussi complet que possible. Peut-être même la protection est-elle quelque peu touffue ; mais l'abondance des actions et recours que la loi met à la disposition des pupilles est rendue nécessaire par cette particularité qui constitue le point faible de l'institution : l'absence d'un contrôle permanent et effectif sur les actes du tuteur. On a remarqué en effet qu'il n'existe pas aux côtés de ce dernier une personne ou un conseil chargé de surveiller sa gestion et investi du droit d'examiner ses comptes.

Le magistrat a seul qualité pour intervenir dans les affaires de la tutelle. C'est lui qui nomme ou confirme le tuteur quand il y a lieu ; qui désigne la personne à qui sera remise la garde du pupille et fixe la somme nécessaire à l'entretien de ce dernier ; qui détermine à partir de quel chiffre commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi des capitaux ; son autorisation est nécessaire pour l'aliénation des biens de l'impubère et Justinien décide même que les débiteurs de ce dernier pourront obliger le tuteur à s'en prémunir également avant de se libérer entre

ses mains. Mais son action ne s'exerce toujours que dans des circonstances déterminées et par suite dans des limites forcément restreintes. Le tuteur jouit de trop d'indépendance dans son administration courante (1).

Les jurisconsultes romains avaient entrevu le rôle intermédiaire qui pouvait être dévolu à la famille entre le tuteur et le magistrat. C'est ainsi qu'ils recommandent à ce dernier de la consulter dans toutes les occasions où il est appelé à prendre une décision concernant la personne ou les biens du pupille. Placé généralement loin de la sphère d'action du tuteur, il fera sagement de ne pas s'en rapporter aux renseignements peut-être intéressés que celui-ci fournira et dont il pourrait difficilement vérifier la sincérité : les parents, les affranchis, les esclaves de l'impubère lui donneront à cet égard des indications précieuses (2). Malgré cela l'intervention de la famille reste officieuse, elle n'est sanctionnée que sur un point et en matière de curatelle : le pubère est autorisé à intenter le *crimen suspecti* contre son curateur *ex consilio necessariorum*.

On a vu comment, lorsque le pupille avait plusieurs tuteurs, la jurisprudence avait cherché à remédier au défaut que je viens de signaler. Tous ses efforts tendent dans ce cas à créer la situation suivante : un seul tuteur chargé d'une gestion effective et les autres formant autour de lui

(1) D'après le Droit Romain, le contrôle dont nous venons de parler ne se manifestait pour ainsi dire, que par l'intervention du magistrat dans l'aliénation des biens du mineur, par la nécessité de la confirmation de certains tuteurs et par l'admission de l'action populaire en destitution (Aubry et Rau. I p. 371).

(2) Il pourra même profiter de la circonstance où le tuteur a recours à son autorité pour lui demander ses comptes et les examiner.

une sorte de conseil de surveillance et responsables à des degrés divers de ses fautes.

Le code civil, s'inspirant des traditions de l'ancien droit a réservé à l'influence de la famille une part prépondérante. Ce sont les plus proches parents du pupille réunis en conseil, qui exercent les attributions réservées autrefois au magistrat romain au début de la tutelle ; ils sont de plus associés à la gestion pendant son cours par les avis qu'ils sont appelés à fournir dans toutes les affaires importantes et ces avis sont exécutoires par eux-mêmes, sauf dans quelques cas graves où ils doivent être confirmés par la justice. Enfin ils délèguent toujours l'un d'entre eux qui avec la qualité de subrogé-tuteur aura entre autres fonctions celle de surveiller le tuteur avec le droit de lui demander dans de certaines limites des comptes de sa gestion.

Le Conseil de famille forme ainsi, selon l'expression de M. Lehr, le « rouage essentiel de l'administration tutélaire » (1). La tutelle s'est dépouillée en partie du caractère public dont elle était revêtue pour devenir une institution plutôt familiale.

D'une façon générale ce système pourvoit d'une façon plus efficace que le système romain à la protection des mineurs et il y a peu de critiques à lui adresser.

En ce qui concerne les garanties spéciales accordées par le droit romain aux pupilles contre la gestion des tuteurs, je vais examiner très rapidement ce qu'elles sont devenues dans notre droit actuel.

(1) *Traité Elémentaire de Droit Germanique*, 1892 nº 1303. Certaines législations n'ont pas consacré l'intervention de la famille dans la tutelle ; mais elles soumettent le tuteur à l'autorité et au contrôle d'institutions administratives spéciales. (V. Droit Allemand).

A. — Garanties résultant des obligations imposées au tuteur à son entrée en fonctions.

La *cautio rem pupilli salvam fore* qui avait été maintenue par quelques coutumes a disparu.

En revanche, l'article 451 du Code civil (al. 1) oblige le tuteur à faire procéder dans un délai déterminé à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur. Par l'alinéa 2, reproduisant en partie la prescription créée par Justinien, il décide que le tuteur, s'il lui est dû quelque chose par le mineur, devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance.

B. — Garanties au cours de la tutelle.

En fait, l'omnipotence du tuteur est aujourd'hui strictement limitée aux actes de pure administration (1). Il existe dans nos lois toute une série de prescriptions spéciales ayant pour but de déterminer les formalités dont il y a lieu d'entourer à des degrés divers, l'accomplissement des actes susceptibles d'entraîner une transformation dans la fortune des incapables (2).

Le Code a reproduit dans ce qu'elles avaient d'essentiel

(1) En droit la question est discutée. — V. Baudry-Lacantinerie. Précis de Droit civil. 3e éd. I. p. 627 et s.

(2) Le tuteur exerce aujourd'hui ses pouvoirs sans le concours du mineur. Il comparaît seul dans les actes qui intéressent ce dernier, sauf dans ceux qui excluent par leur nature la représentation, tels que le mariage et le testament. Le contrat de mariage est soumis à des règles spéciales (art. 1398). « *Le tuteur est en général chargé de « représenter le mineur dans les divers actes de la vie civile. Il « figure seul dans ces actes et ses fonctions ne se bornent pas, « comme en Droit Romain, à compléter par son autorisation la « capacité juridique du mineur.* » (Aubry et Rau. I, p. 371). Il n'existerait du reste aucune raison de ne pas considérer comme valables les actes qui seraient passés par le mineur lui-même assisté de son tuteur. On ne voit pas sur quel fondement la nullité pourrait en être demandée.

en principe, les dispositions du droit romain relatives aux aliénations (art. 457 et 458 concernant l'emprunt, la vente et l'hypothèque) (1). Mais il s'est expliqué avec plus de précision sur les conditions de validité de quelques actes que ce dernier laissait au tuteur la faculté d'accomplir seul, *ad utilitatem pupilli*. Ainsi, la transaction n'est autorisée que moyennant certaines formalités spéciales (art. 467), l'action en justice ou l'acquiescement à une action dirigée contre le mineur, doivent être soumis à l'appréciation du conseil de famille qui en discute l'opportunité (art. 464). On trouve dans l'article 465 relatif à l'action en partage, une distinction déjà consacrée par l'*Oratio Severi* ; dans tous les cas, du reste, le partage lui-même ne peut avoir lieu que suivant certaines formes sévèrement déterminées (art. 466).

Le tuteur romain, à partir de la constitution de Constantin se vit interdire le droit de vendre aucun bien de l'impubère, même les objets mobiliers. Le Code revenant à la règle du droit classique, décide qu'il devra, à son entrée en fonctions, se défaire de tous les meubles, mais il ajoute cette sage restriction : *autres ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature* (art. 452).

C'est, comme je l'ai déjà dit, le conseil de famille qui fixe la somme à partir de laquelle commence pour le tuteur l'obligation de faire emploi des capitaux (art. 455. — Loi du 27 février 1880) ; et le subrogé tuteur a la mission de veiller à ce que sa prescription soit fidèlement observée. Au cas ou le tuteur n'aurait pas provoqué un avis du

(1) On sait que, plus libéral que l'*Oratio Severi*, il autorise la vente non seulement en cas de nécessité absolue, mais encore s'il y a avantage évident pour le mineur. — Voir aussi art. 450, al. 3.

conseil sur ce point, il doit l'intérêt légal de toute somme non employée dans les délais légaux, quelque modique qu'elle soit (art. 456).

Le *crimen suspecti* est devenu dans le Code l'action en destitution de la tutelle dont la connaissance appartient encore au conseil de famille, sauf le droit du tuteur de se pourvoir devant le tribunal civil contre sa décision (Art. 444 à 449). C'est ainsi aujourd'hui une sorte de jugement domestique.

Quant à la suspension de la prescription au profit des mineurs, elle existe également en principe dans nos lois (art. 2252.)

C. — Garanties à la fin de la tutelle.

L'obligation pour le tuteur de rendre compte résulte aujourd'hui de l'article 469 du Code civil ainsi conçu : *Tout tuteur est comptable de sa gestion quand elle finit.* Le code de procédure (art. 527 et suivants) détermine les règles à observer pour la reddition des comptes en justice.

Au cours même de la tutelle le tuteur peut être appelé à soumettre des états de gestion à l'examen du subrogé-tuteur, à des époques fixées par le conseil de famille (art. 470 C. C.) (1).

Le Code Civil frappe les tuteurs qui n'ont pas rendu leurs comptes de l'incapacité de recevoir de leurs ex-pupilles (art. 907. al. 2).

La responsabilité du tuteur est consacrée par l'article 450 (al. 2) qui établit qu'il doit administrer *en bon père de famille* et répondre des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Cette responsa-

(1) Le père et la mère sont dispensés de cette obligation.

bilité peut être partagée solidairement par le subrogé tuteur qui a manqué à son devoir de surveillance. L'article 1442 C. C. le décide formellement dans un cas particulier.

L'action de tutelle, qui était perpétuelle dans le droit classique romain et, depuis Théodose, prescriptible par trente ans, se prescrit aùjourd'hui par dix ans à compter de la majorité du pupille (art. 475).

Des autres actions qui naissaient de la tutelle romaine, aucune n'a survécu.

Parmi les garanties qui avaient été créées contre l'insolvabilité des tuteurs, l'hypothèque légale a seule trouvé place dans le Code civil. Le *privilegium* n'a pas été maintenu : peut-être faut-il voir dans cette exclusion un nouvel écho de la maxime : *Res mobilis, res vilis.* Son utilité serait cependant incontestable quand le tuteur ne possède pas d'immeubles.

L'hypothèque tacite et générale a probablement peu de temps à vivre encore. On connaît le mouvement qui s'est produit dans les législations modernes contre la faveur dont jouissaient les hypothèques légales au double point de vue de la publicité et de la spécialité, et comment elles ont été astreintes à ces formalités dans la plupart d'entre elles. Je n'ai pas à discuter si le système actuel, tel qu'il est amendé par les articles 2141 et 2143 du code civil ne résout pas d'une façon satisfaisante toutes les difficultés qui résultent de l'opposition des intérêts en cause; je me contenterai de dire qu'on invoque pour le modifier les exigences du crédit public et la nécessité d'assurer la facilité et la liberté des transactions : l'intérêt privé des incapables s'efface ainsi devant l'intérêt général.

DROIT FRANÇAIS

DES

MESURES DE PROTECTION DES MINEURS

ET DES INTERDITS EN DROIT INTERNATIONAL

ÉTUDE SUR LES CONFLITS DE LOIS

Les nations, comme les individus, se doivent la charité, et lorsque, cédant aux conseils de l'orgueil, elles manquent à la loi providentielle, elles se condamnent elles-mêmes à bien des souffrances.

(baron de Courcel. — Discours prononcé à l'ouverture des travaux de la commission arbitrale pour les pêcheries de Behring).

DROIT FRANÇAIS

DES

MESURES DE PROTECTION DES MINEURS

ET DES INTERDITS EN DROIT INTERNATIONAL

INTRODUCTION

LA TUTELLE EST-ELLE ACCESSIBLE AUX ÉTRANGERS ?

La question de savoir si la tutelle est accessible aux étrangers ne s'est posée que dans le Droit moderne.

Auparavant, il ne paraît jamais avoir fait doute que la charge de tuteur, considérée comme participant de la fonction publique, ne leur fût interdite. L'ancien Droit français avait suivi sur ce point la tradition romaine, sans du reste chercher à cette manière de voir une explication rationnelle dans le caractère juridique de la tutelle. Ainsi Pothier se borne à dire : « La tutelle dative étant une charge publique « en ce sens qu'elle est déférée par l'autorité publique, il

« s'en suit qu'il n'y a que ceux qui jouissent de l'état « civil dans toute son étendue qui en soient capables : c'est « pourquoi les aubains, ceux qui sont morts civilement, « etc., etc., sont incapables de cette tutelle dative ». Et comme pour Pothier toute tutelle est dative, parce que c'est non de la volonté exprimée par le père ou du choix des parents, mais du décret du juge (1) confirmant et s'appropriant cette volonté ou ce choix que le tuteur tient sa qualité, la conséquence est que l'incapacité de l'étranger est absolue.

Quand, à la suite du développement des relations internationales, le principe d'une communauté juridique entre les peuples prit une nouvelle importance, et que l'étude des divers droits privés fût faite au point de vue spécial de la concession de leur jouissance à l'étranger, la tutelle fût un de ceux au sujet desquels se produisirent les opinions les plus opposées. Les uns y ont vu un droit civil *stricto sensu*, par suite réservé exclusivement aux nationaux : d'où ce résultat que l'étranger ne peut être ni tuteur, ni mis en tutelle sur le territoire français, s'il n'a pas le bénéfice de l'admission à domicile ou s'il n'appartient pas à une nation favorisée par un traité.

D'autres, sans aller aussi loin, ont excipé de sa nature de charge publique pour faire de la fonction de tuteur une dépendance de la capacité politique et déclarer que l'étranger n'en pouvait être revêtu : ce qui a pour résultat de rendre son exclusion irrémédiable.

Enfin, M. Laurent, raillant les scrupules des uns et la timidité des autres, considère la tutelle comme une institution appartenant exclusivement au droit des gens,

(1) Pothier. *Traité des personnes*. Titre VI, section IV, § 2.

accessible par suite aux étrangers sans réserve, et les auteurs les plus récents qui ont écrit sur le Droit International privé arrivent à la même conclusion, bien que par des motifs différents (1).

« Il ne faut pas de disposition spéciale, dit le juriscon-« sulte que je viens de citer, pour exclure l'étranger d'un « droit civil ; la règle générale de l'article 11 suffit pour « l'exclure de tout droit civil. La seule difficulté, et en « principe, elle est grande, consiste à savoir quel droit « est civil (2). »

Avant donc d'examiner les diverses opinions émises au sujet de la nature de la tutelle, il convient de rechercher si réellement la règle générale de l'article 11 du Code civil suffit, à défaut de disposition spéciale, à exclure l'étranger de tout droit civil, et par suite, quelle est la condition générale de l'étranger au point de vue de la jouissance des droits privés.

L'article 11 est ainsi conçu : « *L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra* ».

Les rédacteurs du Code n'ayant pas défini le sens des mots *droits civils*, le texte obscur de la loi a donné naissance à une vaste controverse de laquelle sont sortis trois systèmes principaux dont je vais donner une très brève esquisse.

Le premier, enseigné par M. Demolombe, englobe dans l'expression : *droits civils*, tous les droits privés sans dis-

(1) Toutefois, pour M. Weiss, la fonction de tuteur reste une dépendance de la capacité politique. *Traité Élémentaire de Droit International privé*, p. 42.

(2) *Droit civil International*, tome III, p. 633.

tinction et est basé sur l'opposition qui existe entre les articles 8 et 11 du Code civil.

En disant que tout Français jouira des droits civils et que l'étranger au contraire n'en jouira que sous une condition formelle, il est manifeste que, la condition n'étant pas remplie, l'étranger demeure en principe privé de la jouissance de ces droits.

Comme tempérament à cette conclusion des plus rigoureuses, on fait observer que la loi peut elle-même *proprio motu*, conférer à l'étranger les droits qu'il puiserait dans un traité, et qu'elle a assez souvent usé de cette faculté, ainsi qu'en témoignent les articles 2123 et 2128 du Code civil lui-même et un certain nombre de dispositions postérieures (1).

Enfin quelques articles du Code civil ne reconnaissent-ils pas d'une façon au moins implicite aux étrangers, la jouissance de certains droits? L'article 3 ne suppose-t-il pas qu'ils peuvent être propriétaires? l'article 15, qu'ils ont le droit de plaider? l'article 170 qu'ils ont le droit de contracter mariage et d'avoir par suite des relations de famille?

(1) Décret du 16 février 1808 sur la Banque de France.

Décrets du 5 février 1810 et du 28 mars 1852 sur la propriété littéraire et artistique. — Loi du 20 avril 1810, sur les mines.

Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention.

Loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique.

Loi du 14 juillet 1819 abrogeant les articles 726 et 912 du Code civil.

Lois du 12 juin 1861 et des 20-21 juillet 1886 sur la Caisse des retraites pour la vieillesse.

Loi du 25 juin 1874 modifiant l'article 105 du Code forestier.

Par contre on trouve dans des lois plus récentes des dispositions restrictives visant les étrangers. — Loi du 21 mars 1884 sur les Syndicats, article 4, alinéa 4. — Loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine, article 14, paragraphe 1er. — Loi sur les Halles votée par la Chambre des Députés, article 4, paragraphe 1er.

Les adversaires de ce système, sans lui opposer des arguments directs, se bornent généralement à faire observer qu'il a pour résultat de priver les étrangers des droits les plus essentiels à l'existence. En effet, les dispositions des articles 3, 15, 170 n'ont pas clairement pour but de consacrer à leur profit l'exercice des facultés dont elles s'occupent ; il est au contraire possible et même probable qu'elles envisagent des cas où les étrangers ont déjà cet exercice acquis en vertu d'un traité ou d'une admission à domicile.

Cette objection de fait est loin d'être décisive, et M. Demolombe y a répondu en disant que la sévérité dont est empreint l'article 11, s'explique naturellement par un mouvement de réaction contre les idées généreuses dont la Constituante s'était hâtée de faire l'application législative, sans trouver dans le monde aucun écho. Mais les résultats du système en question devenant inacceptables en pratique, un grand nombre d'auteurs et la Jurisprudence, en présence de l'incertitude qui plane sur l'intention de la loi, l'ont interprétée d'une façon plus conforme à l'humanité et aux progrès de la civilisation, tout en tenant compte de la pensée restrictive dont son texte est enveloppé (1).

(1) En s'en tenant à la lettre de la législation française, dit Fiore, il faudrait admettre qu'une personne appartenant à un pays avec lequel la France n'aurait pas conclu de traité destiné à régler la jouissance des droits civils à l'égard des Français, se trouverait n'avoir en France la jouissance d'aucun droit civil. Un homme civilisé peut se trouver dans la condition de ne posséder juridiquement aucun droit civil, dont il puisse revendiquer la jouissance dans un pays civilisé comme la France..... Pour écarter une telle anomalie, les auteurs français ont reproduit l'ancienne distinction entre les droits civils et les droits des gens en indiquant par la première dénomination les droits établis pour les citoyens. — (Fiore — *Droit International privé*. — Traduction Antoine. — Tome 1, page 319).

Le Code civil de 1804 est plein de réticences, même de menaces : à le prendre à la lettre, on dirait les étrangers frappés par un ostracisme

La distinction classique entre le *Jus civile* et le *Jus gentium* se prêtait à cette œuvre de modération. En déclarant que par l'expression, *droits civils*, les rédacteurs de Code avaient voulu simplement viser les droits privés assez rares, dont une tradition ancienne faisait l'apanage du *Jus civile*, on reconnaissait par là même à l'étranger, l'exercice de toutes les facultés qui sont nécessaires à l'homme pour assurer la sécurité et la stabilité de sa vie sur quelque sol qu'il se trouve. Cette théorie, outre qu'elle a ses assises au plus profond du droit romain et que son application dans notre ancien droit paraît confirmée par la condition qui y était faite aux aubains, peut encore s'appuyer solidement sur les travaux préparatoires du Code Civil, ainsi qu'il résulte des déclarations faites par Portalis et par Siméon (1).

véritable et il a fallu une interprétation plus que complaisante pour mettre ses dispositions d'accord avec les nécessités de la vie dans un pays qui, plus que tous les autres, est accoutumé à donner l'hospitalité aux étrangers (Pillet. J. D. I. P. 1893, p. 329).

(1) Nous traiterons les étrangers comme ils nous traiteraient eux-mêmes; le principe de la réciprocité sera envers eux la mesure de notre conduite et de nos égards. Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples (Portalis. Exposé général. Séance du 3 frimaire an X du corps législatif).

Ce qui caractérise essentiellement le Droit civil, c'est d'être propre à un peuple et particulier à un peuple et de ne point se communiquer aux autres nations. *Quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocatur que jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis*... Au contraire, les effets du droit naturel se communiquent partout, à l'étranger comme au citoyen. Pour en jouir, il n'est pas nécessaire d'être membre d'une certaine nation plutôt que d'une autre, il suffira d'être homme... En un mot, le droit civil proprement dit est celui de chaque cité ou de chaque nation : le Droit civil général est celui de tous les hommes. Siméon. Exposé au Tribunat, 25 frimaire an X.

Au reproche qui lui a été adressé de reposer sur une distinction qui n'est plus conforme à nos idées actuelles, et de verser dans l'arbitraire le plus complet en faisant du juge un législateur dans chaque cas soumis à son appréciation, MM. Aubry et Rau, ses principaux défenseurs, ont éloquemment répondu :

« Le droit des gens n'est pas un droit stationnaire, mais « un droit essentiellement progressif. L'expérience ne prou- « ve-t-elle pas que les diverses législations civiles tendent « incessamment à se rapprocher et depuis la promulgation « du Code Napoléon, ce travail d'assimilation n'a-t-il « pas fait de sensibles progrès ? C'est probablement « dans cette prévision que, malgré la demande du Tribu- « nat, le Conseil d'État ne voulut pas définir les droits civils « dont les Français jouiraient à l'exclusion des étrangers. « Les rédacteurs du Code paraissent être partis de l'idée « que du jour où une institution, successivement admise « par les différents peuples civilisés, se trouverait sanc- « tionnée par le consentement unanime de tous et serait « ainsi devenue une institution du droit des gens, le prin- « cipe de la réciprocité exigeait que les étrangers puissent « invoquer en France le bénéfice de cette institution, tout « comme les Français seraient admis à le réclamer à l'é- « tranger. Ils pensèrent que la barrière à opposer aux « prétentions des étrangers ne devait pas être fixée d'une « manière immuable par la législation, et qu'il fallait lais- « ser à la jurisprudence et à la doctrine la possibilité de « la déplacer, suivant la marche progressive du droit des « gens » (1).

(1) Aubry et Rau, paragraphe 78, note 15. — Tome 1, page 293. — « Elle (la distinction proposée) n'est pas plus contraire à nos mœurs qu'à nos lois, puisque, mobile de sa nature, elle se prête admirablement à tous les progrès de la civilisation. »

Ces considérations n'ont pas convaincu un certain nombre d'auteurs qui avec plus de libéralisme donnent la préférence à un troisième système, basé du reste sur une interprétation des mots *droits civils* identique à celle admise par les partisans du second (1). D'après eux, l'article 11 ne serait qu'une simple déclaration de principes que les Rédacteurs du Code auraient sanctionnée au cours de leur œuvre dans les textes spéciaux, par lesquels ils ont privé les étrangers de droits déterminés. Ainsi les étrangers auraient en France la jouissance de tous les droits privés, sauf de ceux qu'une disposition expresse de la loi leur a retirés et qui constituent alors les seuls droits vraiment civils. Cette manière de voir est fortifiée chez l'un des auteurs dont il s'agit par cette remarque, que les facultés réservées aux nationaux par voie d'exclusion de l'étranger, sont sensiblement (2) les mêmes que celles à l'égard desquelles notre ancien droit faisait aux aubains une condition inférieure à la condition des Français.

Ce système présente l'inconvénient de faire de l'article 11 une disposition inefficace en soi, et qu'il faut vivifier par des éléments empruntés à d'autres textes. « Loin de s'af-
« faiblir, ajoutent MM. Aubry et Rau, l'objection est deve-
« nue plus pressante encore depuis la promulgation de la

(1) Ce système défendu en France par MM. Surville et Arthuys, Weiss, Despagnet, Durand, reproduit dans ses conclusions celui déjà professé par MM. Demangeat et Valette ; mais dans la pensée de ces derniers auteurs, l'article 11 n'avait qu'un seul but : indiquer le moyen de faire disparaître l'infériorité de l'étranger en ce qui concerne les droits que lui avait retirés expressément le Code.

(2) MM. Surville et Arthuys. — *Cours de Droit International privé*, p. 125. — MM. Surville et Arthuys citent aussi un passage d'un discours du tribun Grenier favorable au système qu'ils enseignent. « Les droits dont les étrangers seront privés seront marqués successivement dans les titres du Code qui y auront trait ».

« loi du 14 juillet 1819 et l'abrogation des articles 726 et « 912. En déniant à l'article 11 toute valeur intrinsèque, « en ne lui reconnaissant qu'une valeur d'emprunt tirée « des dispositions qui en contiendraient l'application, on « se trouverait en effet forcément amené, par suite de « l'abrogation des seules dispositions de ce genre que ren- « ferme le Code Napoléon, à considérer cet article, comme « ayant été lui-même virtuellement abrogé, c'est-à-dire à « consacrer un résultat contre lequel les auteurs de la « loi du 14 juillet 1819 ont cependant formellement pro- « testé » (1).

Une autre considération pourrait faire douter de l'exactitude de ce système. En partant du principe que les rédacteurs du Code ont admis la division des droits privés en droits civils *stricto sensu* et en droits civils ordinaires, ne peut-il pas paraître étrange de les voir ranger sans hésitation dans la dernière catégorie des droits tels que l'adoption, l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées dont la nature prête à tant de controverses, tandis que le droit de succéder, le droit de demander protection à la justice ont été supprimés ou mutilés au détriment de l'étranger ?

Il me semble préférable de croire qu'après avoir posé une règle générale par l'article 11, les Rédacteurs du Code ont tenu quand même à s'expliquer formellement sur quelques points dont l'importance ne permettait pas qu'il existât à leur sujet la moindre hésitation. De la sorte, les textes du Code qui privent l'étranger de certains droits seraient bien des applications de l'article 11, ce qui explique la formule

(1) Aubry et Rau, paragraphe 78. Tome 1, page 288.

de l'article 726 *in fine*, mais des applications nullement limitatives.

Je donnerai donc la préférence au second système suivi par une jurisprudence constante et qui a reçu dans ces derniers temps une consécration quasi-législative (1). Dans le projet de loi de 1889 sur la nationalité, on avait en effet nettement posé le principe de l'égalité entre les Français et les étrangers au point de vue de la jouissance des droits privés, mais ce principe ne fut pas admis sur cette observation faite par le ministre que les étrangers, en présence de l'avantage qui leur serait ainsi concédé, n'auraient plus un intérêt aussi pressant à se faire naturaliser (2).

En ce qui concerne le danger de laisser aux Tribunaux

(1) Surville et Arthuys, op. cit., page 124.

(2) Il faut reconnaître que ce système est celui qui correspond le mieux à l'état actuel de nos mœurs publiques. La défiance de l'étranger paraît avoir poussé de nouvelles racines dans les esprits et il y a peu de temps encore, sur notre territoire même, on a pu lui voir contester violemment l'exercice d'un droit primordial, le droit au travail, et cela au moment même où par le contraste habituel des choses, une réunion de jurisconsultes mettait à l'étude les moyens de le protéger contre l'arbitraire des gouvernements. Ce serait certes une pensée peu digne que de vouloir subordonner l'action du législateur et les décisions du magistrat à des états d'opinion transitoires et irréfléchis ; ni l'un ni l'autre ne peuvent cependant s'abstraire complètement de l'influence des faits lorsqu'ils sont, comme aujourd'hui, le résultat de systèmes sociaux et économiques enseignés et défendus avec une faveur toujours croissante.

Afin de montrer un exemple du mépris de toute humanité auquel une nation civilisée peut se laisser entraîner sous l'influence de sentiments hostiles à l'étranger, je citerai à titre de curiosité le fait divers suivant pris dans le *Temps* du 14 août 1893.

« Le juge Brown, à Chicago, jugeant le cas d'un Chinois qui est devenu fou par la passion du jeu et ne s'est pas mis en règle avec la loi Geary, a décidé qu'il ne pouvait être admis dans un asile d'aliénés des États-Unis. Les autorités chinoises doivent être invitées à se charger de lui. Le juge, en prenant cette décision a déclaré que d'après ses informations, *les fous, en Chine, sont mis à mort* »

un pouvoir aussi considérable, j'estime que les observations présentées par MM. Aubry et Rau et que j'ai reproduites plus haut, y répondent pleinement. Du reste, la théorie de la condition des étrangers appartient autant qu'au droit civil au droit international (1) où tout ou à peu près est arbitraire. M. Weiss, qui insiste sur le degré d'incohérence dans leurs conclusions auquel aboutissent les partisans du système professé par ces auteurs, et pour qui « l'immense pouvoir que ce système laisse aux juges est une raison décisive de le rejeter », n'a-t-il pas lui-même écrit ces lignes si judicieuses à propos du caractère indécis de la notion de l'ordre public. « Peut-être critiquera-t-on « ce pouvoir d'appréciation si large que nous attribuons aux « Tribunaux, et regrettera-t-on que les différentes législa- « tions n'aient pas cru devoir le limiter, en donnant l'énumé- « ration complète et précise des dispositions d'ordre public « international ? Cependant leur silence nous paraît s'expli- « quer et se justifier par la difficulté presque insurmontable « que rencontre en cette matière toute définition. L'intérêt « général qui est la base de l'ordre public international, est « chose essentiellement mouvante, il n'était pas hier ce qu'il « est aujourd'hui, et il est utile de laisser aux juges la fa- « culté de modeler leurs décisions sur les circonstances, « sur la marche des idées, sur le progrès ou l'altération des « mœurs... La notion de l'ordre public international est donc « contingente ; elle subit la loi du temps et du milieu, et il

(1) M. Lainé définit ainsi le droit International : « Le droit qui après avoir déterminé la nationalité des personnes, règle les rapports des États en ce qui concerne *la condition juridique de leurs sujets respectifs*, l'efficacité des jugements rendus par leurs tribunaux et des actes reçus par leurs officiers, enfin et surtout les conflits de leurs lois ».

« serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par « une définition législative qui serait nécessairement im- « parfaite » (1).

Enfin, il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer que la question de la condition des étrangers présente une double face. Lorsqu'on a résolu le point de savoir s'ils ont ou non la jouissance en France des droits civils, il reste encore à examiner d'après quelle loi ils exerceront ces droits. Or, sur ce dernier point, la législation française ne s'est pas expliquée, laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déterminer les règles applicables aux cas de conflits. Pourquoi dès lors s'étonner que le Code Civil leur ait conféré un pouvoir analogue en vue de modifier selon la marche du progrès, les notions relatives à la distinction des droits civils ?

Il me reste maintenant à rechercher si la tutelle est un droit civil dans la stricte acception du mot, et à ce titre non accessible aux étrangers. La tâche n'est pas facile, car dans aucune autre matière ne se sont accumulées à un tel point les contradictions dont est pleine, d'après M. Laurent, la théorie des droits civils.

Et d'abord qu'est-ce que la tutelle et quel est son but ?

Si tout être humain, par le fait seul de son existence, possède l'aptitude naturelle à être le sujet de droits et obligations, encore faut-il qu'il soit doué des qualités nécessaires pour pouvoir exercer les uns et assumer les autres avec quelques chances d'égalité dans le conflit des intérêts privés. La loi, impuissante à prévoir et à réprimer tous les abus résultant inévitablement des différences établies par la nature elle-même entre les individus, doit

(1) Weiss. *Traité élémentaire de Droit international privé*, page 249.

pourvoir d'un soutien efficace les personnes que leur âge et certaines infirmités physiques et morales rendent incapables de se gouverner, et mettent dans un état d'infériorité sociale trop évident. L'enfant, notamment, dont le père dirigeait les pas et qui vient à perdre en lui le meilleur des guides, conserve jusqu'à ce qu'il soit en état de se conduire lui-même, le même besoin de défense, et c'est alors que l'État a le devoir d'intervenir pour substituer un protecteur légal au défenseur naturel qui a disparu. L'organisation de la tutelle est l'accomplissement de ce devoir impérieux.

Ces principes font partie de la conscience de l'humanité civilisée. On peut dire que la tutelle appartient au droit des gens en ce sens que sa nécessité et sa légitimité sont affirmées par le consentement universel. Par suite, si elle ne mettait en jeu que l'intérêt de l'incapable, la question posée serait déjà résolue. Mais il n'en est pas ainsi : il importe aussi à l'État que l'enfant reçoive une éducation et une direction de nature à le préparer au rôle social qui doit lui incomber un jour, rôle qui est son unique raison d'être et auquel il ne faut pas qu'il soit inférieur (1). On comprend donc facilement que dans l'organisation de la tutelle, chaque nation ait pu sur ce sujet plus que sur tout autre, puisqu'il touche aux éléments mêmes de sa vie, tracer des règles applicables aux seuls membres de la communauté, et faire ainsi rentrer arbitrairement dans le droit civil un droit qui a sa source dans le droit naturel.

« Cette double intervention de l'État et de la famille,

(1) Vous n'avez pas la vie ainsi qu'un héritage
Le jour qui vous la donne en même temps l'engage
Vous la devez au prince, au public, à l'État.
(*Polyeucte.* — Acte IV, Scène 3).

« dans la fonction sociale dont il s'agit, dit M. Brocher, « impose à celle-ci une sorte de nature mixte. Cela devait « amener une lutte entre les deux éléments de droit public « et de droit privé qui s'y trouvent réunis » (1).

La distinction entre les droits du *Jus civile* et ceux du *Jus gentium* étant surtout une matière traditionnelle, je vais, avant d'aborder l'examen de la question en elle-même, chercher dans le passé quelques indications et examiner quelle a été la conception du droit romain au sujet de la tutelle, et si cette conception s'est modifiée au cours des âges.

Servus Sulpicius la définit dans l'ancien droit : *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civile data ac permissa.*

Il ressort de cette définition que la tutelle, bien qu'ayant pour but final la protection d'un impubère, est aussi et avant tout une autorité et un pouvoir établis sur cet impubère. La puissance tutélaire apparaît ainsi comme un reflet de cette puissance paternelle que les Romains se glorifiaient d'avoir si fortement constituée, avec une sévérité que ne connaissaient pas les autres peuples.

Qu'à l'époque primitive, cette puissance fût réservée aux seuls citoyens, cela ne peut être un instant mis en doute. On ne concevrait pas qu'une pareille autorité sur un membre de la cité appartint à une personne placée elle-même en dehors de la cité, exclue de sa religion, à *l'étranger* en un mot. On ne concevrait pas davantage que la loi romaine eut pu étendre le bénéfice de sa protection, à celui qu'elle considérait en principe comme destitué de tout droit.

(1) *Cours de Droit international privé*, numéro 107.

Si on s'en rapporte au texte d'Ulpien : « *Legitimæ tutelæ lege duodecim tabularum adgnatis delatæ sunt et consanguineis item patronis id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint : hoc summa providentia ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona ne dilapiderentur,* » le droit de la famille à intervenir dans la protection de ses membres en bas âge, aurait été basé sur une considération d'ordre purement successoral. On peut toutefois faire observer que son intérêt tendait à s'identifier et à se confondre avec celui de l'État ; il était en effet d'une importance capitale pour ce dernier, que chacune des familles qui formaient pour lui comme autant d'assises, conservât avec son patrimoine la splendeur et la dignité de son rang. Aussi en l'absence d'une volonté formulée par le père de famille, devant laquelle la loi s'inclinait, faisant ici encore produire un effet posthume à la puissance paternelle, la tutelle était déférée de plein droit aux agnats, aux membres de cette parenté civile qui ressemblait autant à une institution politique qu'à une organisation familiale. Pendant longtemps même, ces tuteurs ne furent pas contraints d'administrer et si l'on remarque d'autre part qu'ils n'avaient pas la garde matérielle de leurs pupilles, il est bien permis de les considérer à cette époque comme investis d'un pouvoir établi à leur profit, plutôt qu'astreints à une charge entraînant des obligations positives.

Ainsi à l'origine dans « *la lutte entre les deux éléments de droit public et de droit privé qui se trouvent réunis dans la tutelle* », ce fût l'élément de droit public qui prit l'influence prépondérante. L'intérêt de l'État et celui de la famille marchent d'accord et semblent s'isoler de celui de l'incapable.

Il ne faudrait cependant pas se hâter de conclure que parce que son intérêt n'apparaît dans cette théorie qu'au dernier plan, l'impubère fût mal protégé. Il est superflu de faire observer que le motif invoqué par Ulpien pour justifier la tutelle légitime, aboutit en fin de compte à lui assurer la conservation de son patrimoine. D'autre part, on a vu plus haut quel luxe de garanties la loi lui accordait contre la fraude ou l'impéritie de son tuteur quel qu'il soit. Enfin, si le soin de veiller sur sa personne et de diriger son éducation devait être dévolu à une personne désignée par le magistrat, à la mère de préférence, si elle n'est pas remariée, il n'est pas téméraire de supposer que cette mesure a été dictée d'abord par un sentiment de défiance envers le tuteur légitime : peut-être a-t-on craint que parce qu'il avait des espérances trop précises sur la fortune de son pupille, il ne fût pas aussi attentif à la garde de sa personne qu'à celle de ses biens. On trouve des traces de cette préoccupation dans d'autres législations anciennes (1).

Une semblable conception de la tutelle ne pouvait que

(1) Si quelqu'un meurt et laissse un fils mineur (âgé de moins de 13 ans) à sa mère, et que les héritiers du père disent : « Qu'il soit élevé chez nous ! » et que la mère dise « que mon fils soit élevé chez moi » on le confie à sa mère et on ne le confie pas à ses héritiers éventuels : il est arrivé une fois que des frères (héritiers d'un mineur) l'ont égorgé. Talmud de Ketonboth, 102.

Les parents paternels sont chargés de l'administration de la fortune du mineur, tandis que sa personne est confiée aux parents maternels. Lois de Charondas. Diodore de Sicile, XII, 15 (*Temps* du 9 juillet, 1892). — « Sagesse, honneur, vertu, voilà ce qu'on demande tout haut pour être entendu du voisin, mais voici la prière qu'on fait en dedans et qu'on murmure entre ses lèvres . « Oh !... si mon pupille dont je suis le plus proche héritier et que je serre de près, pouvait recevoir son congé ! car enfin ce serait un bonheur pour lui : il a des ulcères, la bile l'étouffe et le ronge... » (Perse, II, 8 et s.).

se modifier au fur et à mesure que la cité s'agrandissant, les familles devenaient plus indépendantes de l'État. Sous l'influence des pensées plus humaines qui pénétrèrent et adoucirent progressivement le droit civil, grâce à la bienfaisante action du préteur, le caractère privé de la tutelle devait ressortir davantage en lumière. Ce progrès se produisit certainement dans les idées, ainsi qu'en témoigne le passage connu de Gaïus rapporté par les Institutes Justinien. « *Impuberes autem in tutela esse naturali jure conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis sit, alterius tutela regatur* ». Il se manifesta même par quelques mesures précises. Ainsi les tuteurs légitimes furent contraints d'administrer et M. Accarias explique par un mouvement général de réaction contre leurs prérogatives, la disposition par laquelle le Sénat décida qu'au cas ou le tuteur testamentaire a été destitué ou a fait admettre une excuse, il était réservé au magistrat de lui donner un remplaçant.

Malgré tout la question de principe est encore obscure dans le droit de Justinien. Ayant à définir la tutelle, ce prince se borne à reproduire le texte précité de Servus Sulpicius, ce qui a fait dire à M. Maynz. « La définition de « Servus pouvait être bonne de son temps, où la loi dé- « férait la tutelle aux agnats dans leur intérêt bien plus « que dans celui de l'incapable mais dans celui de Justi- « nien, qui ne considère la tutelle que comme une charge « imposée dans le seul intérêt de l'impubère, les mots *vis* « *ac potestas* ne sont plus qu'une amplification de rhé- « teur ». D'autre part, la délation de la tutelle reste pour lui inséparable de la vocation éventuelle à la succession de l'impubère, et s'il supprime la tutelle légitime des agnats, c'est pour la remplacer par celle des cognats. Le motif qu'il en donne « *ubi successionis emolumentum ibi et tutelæ*

onus esse debet », ne diffère pas sensiblement de celui d'Ulpien. On a toutefois insisté sur ce point qu'ici la tutelle est franchement désignée comme une charge, un fardeau, ce qui indique que l'intérêt de l'impubère est passé définitivement en première ligne dans les théories tutélaires.

Une règle n'en reste pas moins constante, c'est que quel que soit l'intérêt en vue duquel on la considère désormais comme devant être principalement organisée, la tutelle n'a pas cessé de faire partie du *Jus Civile*. Cela résulte du fait que la perte du droit de cité par le tuteur ou par le pupille entraîne sa cessation provisoire ou définitive.

Justinien déclare de plus que la tutelle est un *munus publicum*, mais comme il n'a pas expliqué la signification exacte de ce terme, la pensée qui l'a inspiré est restée quelque peu incertaine.

« Dans notre conviction, dit un auteur, cette idée là « n'est pas autre chose que l'ancienne et première con- « ception romaine de la tutelle, condamnée aujourd'hui « et intervenant encore pourtant dans les théories juri- « diques, où elle se glisse à l'insu de beaucoup d'auteurs. « L'histoire du *munus publicum* est celle d'une erreur « qui a eu le sort très heureux de n'être jamais attaquée « de front, et de traverser les siècles sous le manteau fa- « vorable d'un terme sonore et latin. »

« Ce terme, Justinien l'emploie dans ses Institutes. Il « néglige du reste de nous apprendre ce qu'il entend au « juste par là. Il commence la série des Jurisconsultes et « des législateurs qui disent *munus publicum* sans autre « explication. De fait une explication correcte, le vieux « droit classique pouvait seul nous la donner... »

« Justinien sans refondre complètement l'institution de « la tutelle, l'envisage à un autre point de vue, le vrai. Il « ne fait du reste en cela que suivre un mouvement com- « mencé fort avant lui. D'ailleurs le changement d'esprit « n'est pas le résultat d'un examen philosophique et juri- « dique... Mais on voit tout de suite pourquoi cette idée « de charge publique, malgré son vice d'origine, va passer « intacte à travers les générations de commentateurs. « D'abord elle n'a pas été discutée comme corollaire de « faux principes. Ensuite elle ne soulève à cette époque « aucune question irritante, comme il arrive de nos jours, « à propos du Droit international. Enfin, il faut le dire, « elle puise un élément de vitalité dans le mécanisme même « de la tutelle, dans l'intervention des officiers publics, « qu'il s'agisse de nommer un tuteur, de le surveiller ou « de le suppléer. Ce luxe d'autorité publique entourant la « tutelle, fait illusion aux Jurisconsultes du Bas Empire, « comme plus tard aux légistes français (1). »

Je passerai très rapidement sur notre ancien droit qui fournit peu d'éléments de nature à aider à la solution du problème posé.

Le droit germanique n'a pas organisé de tutelle, il protège indirectement les mineurs au moyen de l'institution générale du *mundium* ou *mainbour*. La mainbour était due par le père à son enfant et à défaut du père par les plus proches parents de l'orphelin ; elle cessait quand il atteignait sa majorité, a quinze ans révolus. Celui qui en est investi doit prendre en tous cas la défense de la personne et des biens de son protégé ; c'est à lui qu'incombe

(1) Loiseau. — *Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de tutelle des mineurs*, page 109.

le devoir de vengeance, au cas de violence ou d'insulte faite à ce dernier. Dans les années troublées qui suivirent l'établissement des Francs en Gaule, la protection des mineurs fut en fait assez mal assurée et les autorités royale et ecclésiastique durent maintes fois intervenir pour prendre leur cause en mains. Mais le principe n'en existait pas moins et au moment où la législation de Justinien s'introduisait en France, Beaumanoir établissait dans les lignes suivantes le devoir social de protection envers ceux qu'il appelle les « sous àagies ».

« Quant aucuns enfes ou plusor demorent orfelin et sous aagié, et il n'est nus prochains parens à qui li baus, ou le garde apartiègne de aus, ou il ont bien tex parens à qui ele apartient, mes il ne les voelent pas penre : toutes tex manières d'enfans, soient franc ou gens de poeste, quieent, par droit commun, selon le coustume de la contrée, en la garde du Segneur. Et à tex manières d'enfans, s'ils n'ont rien, li sires les doit faire porcacer, tant qu'ils puissent estre nourri ; et avant doit-il, mètre taille sor ses sougès que li enfant muirent par defaute de norreture. Et si li enfant ont aucune coze de leur droit, li sires lor doit baillier un manière de garde c'on appelle tuteurs, et cil tuteur doivent les enfans et le lor garder et maintenir au profit des enfants, et rendre conte bien et loialment au segneur, çascun an une fois au moins. Si cil qui est tuteres por enfans sous aagiés, a grant coze entre mains por les enfans li sire doit peure bone seurté que li bien soit gardé sauvement. »

Je dirai cependant quelques mots du bail des fiefs et de la garde bourgeoise parce qu'il est possible de trouver dans une comparaison entre ces deux institutions une

assez curieuse indication au point de vue spécial qui m'occupe.

On sait que le service militaire étant le premier devoir d'un vassal envers son seigneur, il s'ensuivait que ceux qui étaient incapables de l'accomplir, étaient par là même incapables d'avoir des fiefs. Aussi une difficulté se présenta-t-elle quand les fiefs étant devenus héréditaires, le possesseur de l'un d'eux venait à décéder et laissait des enfants mineurs. En appliquant strictement les principes on arrivait à reconnaître au seigneur le droit de révoquer la concession du fief. Le fait se produisit, mais des mesures plus humaines prévalurent sur cette rigueur. Le seigneur prit sous sa garde son vassal mineur, et pour prix de sa protection garda la jouissance seulement du domaine jusqu'à la majorité de l'enfant. Ce premier pas fait, un nouveau progrès ne tarda pas à s'accomplir : le seigneur dût remettre la garde du mineur à son héritier présomptif qui bénéficia désormais des revenus du fief moyennant le paiement d'une simple redevance.

Dans les familles roturières, on applique également la règle que la garde de l'enfant et de ses biens doit appartenir au plus proche parent et héritier, mais on refuse à ce dernier la jouissance des biens. De plus, le mineur peut s'affranchir de sa protection en choisissant lui-même comme tuteur un des amis de ses parents ou même un étranger(1).

Ainsi, tandis que le bail des fiefs se présente sous l'aspect d'un droit établi au profit du seigneur d'abord, et de

(1) S'aucun hom et sa fame muraient, cil qui devrait avoir le retour de la terre si porrait bien tenir les enfanz tant qu'ils poissent aler et parler. Et quant il s'en porraient bien aller et parler à un autre de lors amis qui lors greast ou à un estrange, ils iraient bien s'ils voaient aus et lors terres.

Établissements de Saint-Louis.

la famille ensuite, la garde noble bourgeoise apparaît comme une charge pour celui à qui elle incombe, charge établie dans l'intérêt de l'incapable, et cet intérêt est ici prédominant à ce point qu'il aboutit à conférer au mineur une véritable indépendance caractérisée par ce droit curieux de choisir lui-même son tuteur.

Mais si l'on peut faire cette remarque et constater que le caractère du bail des fiefs offre quelques traits de ressemblance avec celui de la tutelle romaine primitive, il serait excessif d'en tirer des conclusions en faveur de l'une des opinions qui ont été émises au sujet de la meilleure conception juridique de la tutelle. Le bail des fiefs est en effet une institution d'une nature toute spéciale, issue de la nécessité d'assurer la continuité des services féodaux et dans laquelle la préoccupation d'un devoir à remplir envers un être faible et sans défense, n'a pu trouver place qu'avec le développement des idées civilisatrices. Les règles du bail et de la garde étaient du reste loin d'être uniformes dans la plupart des coutumes, et avec le temps elles devinrent d'une variété et d'une confusion absolues. Alors que le premier se transformait peu à peu en une institution protectrice des mineurs, la garde bourgeoise par un mouvement inverse finissait par conférer à son titulaire la jouissance des biens qui y étaient soumis.

En dehors de la garde, les coutumes reconnaissaient de plus une véritable tutelle. En effet, le bail et la garde n'existaient pas dans tous les cas et même quand ils existaient, il fallait une organisation à part pour protéger les droits et actions qui échappaient à l'usufruit du gardien ou baillestre. Cette tutelle était toujours dative (1) et tous les

(1) On doit pourvoir les enfants mineurs et qui sont privés de leurs père et mère ou de l'un d'eux, d'un tuteur. Le survivant de père et

Jurisconsultes qui se sont occupés de la matière, l'ont invariablement qualifiée de charge publique sans se méprendre un instant sur la pensée de protection qui est sa base. On pourrait ici multiplier les citations de nos vieux auteurs : on ne ferait que rendre le contraste plus frappant.

En résumé, c'est en vain que les principes en matière tutélaire se sont successivement modifiés et que l'intérêt de l'incapable est devenu peu à peu le principal objet de la préoccupation du législateur ; une tradition constante tant en droit romain que dans notre ancien droit, rend la fonction de tuteur inaccessible aux étrangers, d'abord comme dépendant d'une institution se rattachant au *Jus civile* (1), et de plus ensuite à titre de *munus publicum*. Etant dès lors admis le système que j'ai adopté sur l'interprétation de l'article 11, on est conduit à reconnaître qu'il y a au moins une présomption grave que cette théorie est passée dans notre Droit moderne, à moins qu'il ne soit établi soit par les travaux préparatoires, soit par l'examen des textes se rattachant à la matière que les Rédacteurs du Code l'ont répudiée d'une façon tacite ou expresse.

Quant aux travaux préparatoires voici à leur sujet l'opinion d'un avocat, M. Desmasures (2), qui a recherché la

mère n'est pas de droit tuteur de ses enfants, puisque parmi nous ce n'est pas la loi qui défère cette qualité et que toute tutelle est dative. Même observation sur la tutelle portée par le testament du père et elle doit être confirmée. — Bourjon. — *Droit commun de la France.* — Titre 1er, ch. 2, section 1re. — Distinctions I et III.

La tutelle testamentaire n'était reconnue en général que dans les pays de Droit Écrit. — Toutefois quelques coutumes l'admettaient ainsi que la tutelle légitime.

(1) « L'aubain ne pouvait être en France ni tuteur, ni pupille. La tutelle comme l'adoption, comme la puissance paternelle, était considérée comme appartenant au Droit Civil ». — Weiss. op. cit. p. 26.

(2) Cité par M. Loiseau, op. cit. p. 122.

pensée qui s'en dégage à ce point de vue, en commentant l'arrêt de la Cour de Cassation de 1875. « Après les avoir sérieusement consultés, dit-il, nous en avons rapporté une fois de plus la conviction qu'ils viennent libéralement au secours de toutes les interprétations ».

Le passage le plus significatif en est le suivant extrait du rapport du tribun Huguet. « Ce n'est pas une législation « nouvelle qui vous est soumise, c'est un ensemble de rè- « gles et de maximes déjà éprouvées par l'expérience des « siècles, et que la raison a justifiées depuis longtemps. « C'est un choix fait, soit dans le droit écrit, soit dans le « droit coutumier, des meilleures institutions de cette « matière... « Il est de principe, ajoute plus loin Huguet, que la tutelle est une charge publique ».

Le tribun Leroy dit de son côté : « La tutelle est une charge publique, mais c'est aussi et d'abord une charge de famille ».

Ces paroles ne jettent pas un jour nouveau sur la question. Cependant on peut en inférer qu'en invoquant à l'appui de son œuvre l'expérience des siècles, le législateur a entendu respecter les croyances juridiques en cours, en ce qui concerne les sujets sur lesquels il ne s'est pas prononcé d'une manière formelle. Or sur le point de savoir si la tutelle est accessible aux étrangers, nulle part dans les textes relatifs à cette institution, il n'a exprimé ou même laissé connaître son sentiment d'une façon concluante.

Je n'irai cependant pas jusqu'à dire qu'en passant dans le droit actuel, la tutelle est demeurée une véritable fonction publique. Si la plupart des vieux auteurs lui ont attribué ce caractère, et l'ont même assimilée aux offices

royaux (1) au point de vue de la capacité nécessaire pour en être investi, c'était moins comme on l'a vu, par l'effet d'une critique raisonnée, que sous l'influence d'une idée ou peut-être même d'une expression romaine, et aussi parce qu'ils ont été particulièrement frappés du fait que la tutelle est déférée par l'autorité du juge.

On peut ajouter que Loyseau et Ferrière se sont écartés de cette manière de voir, ainsi qu'en témoigne ce passage de Ferrière : « Il ne faut pas toutefois se figurer que « parce qu'on l'a qualifiée de charge publique ce soit une « dignité, un titre d'honneur : c'est ce qu'a parfaitement « expliqué Loyseau en son traité des offices. La tutelle est « dite charge publique, parce qu'il n'est pas loisible de se « refuser à l'acceptation d'icelle » (2).

On a prétendu qu'en employant l'expression de *citoyen* dans les articles 427, 428, 430 et 432, le législateur avait ainsi témoigné clairement son intention de conserver à la fonction de tuteur son caractère de fonction publique ; mais l'argument tombe devant cette remarque que dans un certain nombre d'autres articles il s'est servi de termes généraux, tels que *personne*, *individu*.

D'autre part les articles 34 et 42 du Code pénal établis-

(1) Par arrêt du 14 mars 1778, il a été jugé à la Grande-Chambre du Parlement de Paris, sur les conclusions de M. Lamoignon, avocat général, que la tutelle est une charge publique et que le père qui a obtenu des lettres de rappel de ban, avec clause néanmoins qu'il ne pourrait exercer aucun office de judicature, ni autres fonctions publiques, de quelque nature qu'elles puissent être, ne pourrait être tuteur de ses enfants. — Dans le Droit, la tutelle est munus publicum, c'est la remarque de Justinien en ses Institutes, titre De excusationibus tutorum. Dans notre Droit Français, elle est encore plus publique en quelque manière, elle est déférée par l'autorité du juge et le tuteur prête serment. — Merlin. — Répertoire. V. Tutelle, section 3, paragraphe 2. — (Citation de Brillon).

(2) Traité des tutelles, partie III, section 1.

sent entre l'exclusion des emplois publics et l'interdiction de participer aux fonctions tutélaires, une distinction qui montre que dans l'esprit de la loi ces charges sont de nature différente. L'article 42 dit notamment : « Les tribu-« naux jugeant correctionnellement pourront, dans cer-« tains cas, interdire en tout ou en partie l'exercice des « droits civiques, civils et de famille suivants..... » Enfin, dans le système adopté par le Code civil, le tuteur tient directement ses pouvoirs du conseil de famille, qui n'a aucun titre pour en faire un fonctionnaire public.

Au point de vue critique, la tutelle offre sans aucun doute avec la fonction publique le trait commun de mettre en jeu l'intérêt de l'État, ce qui explique le contrôle et la surveillance dont ce dernier entoure son fonctionnement ; mais tandis que la dernière s'exerce principalement en vue d'intérêts publics et généraux, l'action de la tutelle est surtout restreinte dans la sphère d'un intérêt privé et particulier, ce qui suffit à établir entre elles une différence capitale. Le tuteur n'est évidemment pas investi d'une parcelle quelconque de la puissance sociale, il n'est qu'un mandataire légal, d'un caractère tout particulier, chargé d'une mission de confiance, mais toujours et malgré tout un mandataire.

MM. Aubry et Rau qui rangent la tutelle dans les droits civils *stricto sensu* se défendent de considérer la fonction de tuteur comme une véritable fonction publique ; pour eux elle est simplement une charge publique, ce qui doit s'entendre dans le sens de la loi 239. D. de V. S. (50, 16) (1). — « *Munus publicum est officium privati homi*

(1) Aubry et Rau. — Tome I page 369 note 1.

nis ». De même M. Valette dit : « Quant aux fonctions de « tuteur, il semble qu'un étranger ne puisse les exercer « en France et que ces fonctions ont été regardées par « la loi comme des sortes de charges publiques. » Mais comme ces Jurisconsultes n'en font pas moins de l'aptitude à être investi de ces charges une dépendance de la capacité politique, leurs réserves n'offrent pas d'intérêt.

Les auteurs qui ne reconnaissent comme véritables droits civils que ceux dont une disposition expresse de la loi a privé les étrangers, n'hésitent pas dans le silence du Code à sacrifier la tradition et à déclarer que les étrangers sans distinction peuvent être appelés aux fonctions de tuteur. Toutefois l'un d'eux, M. Weiss, se place sur un autre terrain et fait la distinction suivante : « Nous estimons, dit-« il, que le droit d'être tuteur, subrogé tuteur ou curateur, « le droit de siéger dans un conseil de famille, doivent « être refusés à l'étranger, à moins qu'il ne soit parent « de l'incapable. Si pour le parent, la tutelle constitue un « droit et un devoir de famille accessible dès lors même, « à l'étranger, pour celui qui ne l'est pas, elle constitue « une véritable fonction publique, un *munus publicum*, « qui ne peut être exercé que par un citoyen français » (1).

Cette manière de voir se base sur l'argumentation suivante :

1° Les femmes autres que la mère et les ascendantes sont exclues de la tutelle.

2° La dégradation civique entraîne pour le condamné l'incapacité de faire partie d'un conseil de famille, d'être tuteur, subrogé tuteur, si ce n'est de ses propres enfants, sur l'avis conforme du conseil de famille.

(1) Weiss. op. cit. p, 42.

Sur le premier point il me paraît excessif de rattacher à une préoccupation politique, l'exclusion des femmes des fonctions de tuteur ; les raisons pour justifier cette exclusion ne manquent pas autrement. Pourquoi du reste, dans ce cas, n'a-t-on pas étendu à toutes les femmes parentes de l'incapable, la faveur accordée à la mère et aux ascendantes ? Il n'y a pas de motif de distinguer : pour toutes le droit et le devoir de famille existe, bien qu'à des degrés différents.

En ce qui concerne l'incapacité dont la loi frappe le condamné, je ne crois pas qu'il soit possible d'en tirer un argument applicable à une matière complètement étrangère à cette loi. En outre une observation analogue à celle que je viens déjà de faire se présente : pourquoi avoir restreint au père la capacité en question ?

Les exceptions ainsi créées au profit des ascendants à des dispositions restrictives s'expliquent sans qu'il soit besoin de recourir à l'antithèse signalée par M. Weiss, par le respect de l'autorité paternelle et aussi par cette pensée humaine que l'affection présumée des ascendants (1), pour leurs descendants, doit être supérieure aux présomptions qui ont dicté l'incapacité ou l'indignité. Ce n'est pas seulement parce qu'il existe un lien de famille ; c'est parce que ce lien est ici particulièrement fort et serré que la loi l'a respecté, fléchissant sa rigueur.

Je crois donc que dans l'esprit du Code, la tutelle est restée un pur droit civil. Je conserverai même à la fonction de tuteur sa qualification *de munus publicum*, mais

(1) *Nullus est affectus qui vincat paternum aut maternum.*
En étudiant du reste la tutelle tant en droit romain qu'en droit français, on rencontre fréquemment des dérogations au droit commun établies en faveur des ascendants ; je crois qu'on en trouverait difficilement au profit des collatéraux.

je l'entendrai comme Ferrière, dans ce sens que cette charge est obligatoire et qu'elle constitue non une fonction, mais un service public.

Deux reproches ont été faits à cette théorie :

1° Qu'importe que les pouvoirs et les obligations du tuteur se trouvent différemment réglés dans les diverses législations? Si comme on en convient, l'institution elle-même est de droit naturel et repose sur le consentement unanime des peuples, elle appartient essentiellement au *Jus gentium*. Tout le monde reconnaît que la propriété n'est pas un droit civil fermé aux étrangers : cependant elle donne lieu, selon les législations, aux règles les plus variables, notamment pour ce qui a trait à sa transmission et à l'établissement des droits réels qui la grèvent. Chaque nation lui a donné une physionomie propre en la plaçant dans son droit civil. Eh bien, cette considération n'a point paru suffisante pour qu'on la rangeât en dehors du droit des gens. Pourquoi veut-on traiter autrement la tutelle, qui, comme la propriété, est admise partout avec des différences de réglementation? Il y a là, ce nous semble une inconséquence (1).

L'objection est spécieuse ; je crois toutefois qu'elle repose sur une assimilation inexacte entre deux institutions de nature différente et répondant à des besoins sociaux que l'on ne saurait comparer. Un État peut observer des règles diverses suivant qu'il s'agit de veiller à la protection des personnes soumises à sa souveraineté, ou de régler la condition des biens qui composent son territoire. Du reste, si le droit de propriété dépend du *Jus gentium* et est à ce titre accessible aux étrangers, il est

(1) Chavegrin. — *Revue critique* 1883. — De la tutelle des mineurs en D. I. P. n° 17.

certain que pendant longtemps ils n'ont pu l'exercer dans toute l'étendue qu'il comporte. Je sais bien que je m'engage ici dans un ordre d'idées nouveau : il n'en est pas moins vrai que le droit de propriété doit entraîner le droit de disposer et d'acquérir sans restriction, et que sur ce point les articles 726 et 912 du Code civil ont quelque temps infligé un démenti à l'article 711.

2° La seconde objection a été présentée par M. Laurent et elle a été reproduite avec une faveur marquée par d'autres écrivains. Si vraiment, dit-on, la tutelle est de droit civil *stricto sensu*, il s'ensuit qu'un mineur étranger ne pourra jamais être mis en tutelle sur le territoire français, même à titre provisoire. La conclusion n'est exacte, je crois, qu'en partie ; des mesures provisoires pourront toujours être prises en faveur de l'incapable étranger laissé sans protection sur notre sol ; elles seront imposées par les injonctions de l'ordre public, à défaut de celles de la loi civile. Or, qu'il soit d'ordre public que les incapables ne restent pas abandonnés sans défense, c'est ce que personne ne songe à contester.

« Il est de la religion et de la police, disait Domat, que « ceux qui sont privés de leur père avant qu'ils soient « dans un âge où ils puissent se conduire eux-mêmes, « soient mis jusqu'à cet âge sous la conduite de quelque « personne qui leur tienne lieu de père » (1). Cela n'a pas cessé d'être exact.

Mais cette conception un peu étroite, il faut le reconnaître de la tutelle envisagée comme droit civil *stricto sensu*, telle que nous l'avons vue naître et subsister malgré les modifications de l'organisme sous lequel la tutelle

(1) Lois Civiles. Livre 2, chap. 1er.

elle-même a pris corps, doit-elle être encore admise de nos jours ? N'y a-t-il pas lieu, renversant la barrière qui leur en interdit l'accès, d'admettre définitivement les étrangers au bénéfice de cette institution ?

« Le tuteur, répond M. Laurent, n'est qu'un adminis-« trateur, un mandataire qui représente le pupille dans « tous les actes civils (450 Code Civil). Faut-il être Fran-« çais ou avoir la jouissance des droits civils pour admi-« nistrer la personne et les biens d'un incapable ? En théo-« rie, la question n'a pas de sens » (1).

A mon avis, elle en a un. J'accepte comme point de départ que le tuteur est un mandataire ; mais, je l'ai déjà fait observer, ce mandataire est investi d'une mission particulièrement délicate. Il doit, dit l'article 450, prendre soin de la personne du mineur. En s'exprimant ainsi, la loi n'entend pas évidemment borner sa préoccupation à la personne physique de l'incapable ; elle vise aussi et surtout le développement régulier de sa personnalité morale. Or, la garde du mineur étant confiée au tuteur, c'est sous le toit et dans la famille de ce dernier qu'il sera élevé ; c'est dans ce milieu nouveau qu'il puisera ses premiers enseignements, s'il y rentre, étant encore en bas âge. Plus tard, soit qu'il s'agisse du choix des maîtres qui devront présider à son instruction, soit qu'il s'agisse de la direction à imprimer à sa vie, l'influence de son tuteur pourra toujours s'exercer d'une façon active et prépondérante. L'obligation ainsi imposée par la loi au tuteur de prendre soin de la personne de son pupille, emporte donc encore dans notre société moderne un ensemble de devoirs et de responsabilités qui expliquent que l'étranger n'en doive

(1) D. C. I. III, p. 606.

pas être chargé. Il n'est pas admissible que le mineur soit exposé à un contact permanent d'idées qui pourraient le détourner lentement de l'affection qu'il doit à sa patrie. C'est là, dit-on, une crainte bien chimérique ! Peut-être ; mais l'éventualité est possible, et cela suffit.

On objecte encore que, sur ce point comme sur les autres, il est préférable de laisser la liberté entière de son choix au conseil de famille lequel est en définitive le meilleur juge de l'intérêt du mineur.

« Lorsqu'il apparaît au conseil de famille, que le parent « étranger est néanmoins en situation d'être un meilleur « tuteur pour l'enfant que les autres qu'on pourrait lui « donner, il est à regretter que ce meilleur tuteur soit « écarté comme étranger au pays pour être remplacé « par un tuteur qui sera peut-être étranger à l'enfant » (1).

L'observation est judicieuse, mais elle n'a pas la portée qu'on a voulu lui prêter. En réalité, il arrivera assez rarement que le conseil de famille d'un mineur français doive être ainsi composé en l'absence de parents étrangers, qu'on n'y puisse trouver un parent français réunissant à un degré suffisant les conditions voulues pour être un bon tuteur.

Ensuite, il faut sans aucun doute admettre que le conseil de famille ne portera qu'à bon escient son choix sur un étranger, et que par suite la confiance qu'il témoigne à ce dernier est déjà une garantie qu'il n'abusera pas de son autorité. Mais les tutelles sont parfois longues ; et si théoriquement le conseil de famille a un droit de surveillance sur les agissements de son mandataire, en fait cette sur-

(1) A. Du Bois. Revue D. I. v. 1, p. 278 (cité par M. Laurent, p. 609, D. C. J. III).

veillance est souvent illusoire. Les conseils de famille se réunissent rarement, une fois la tutelle constituée, et le tuteur devient rapidement le maître à peu près absolu de son administration. Que l'étranger vienne à déserter le lieu de la tutelle, qu'il abandonne la France pour rentrer dans sa patrie : alors les intérêts du mineur peuvent rester en souffrance et le danger que je signalais plus haut se manifestera d'une façon plus précise.

En règle générale, je dirai donc que l'étranger ne peut être en France tuteur, et par voie de conséquence, subrogé tuteur, ou membre du conseil de famille d'un mineur français, à moins qu'il ne jouisse du bénéfice de l'admission à domicile ou qu'il n'appartienne à une nation favorisée par un traité.

A cette règle, j'apporterai une exception en faveur des ascendants étrangers qui pourront être revêtus de ces charges dans tous les cas où des ascendants français pourraient l'être, et dans les mêmes conditions que ces derniers.

A l'appui de cette dérogation, je remarque de nouveau que lorsque la loi a frappé certaines catégories de personnes d'incapacité ou d'indignité relativement aux fonctions tutélaires, elle a fait bénéficier d'une faveur spéciale les ascendants du mineur (1). Je n'ai pas à revenir sur les motifs qui ont pu inspirer la loi sur ce point, m'étant déjà expliqué plus haut à ce sujet. Je pense que ces motifs ne perdent rien ici de leur valeur et qu'ils autorisent une solution identique (2).

(1) La parenté en ligne directe voile en quelque sorte l'extranéité. Les garanties morales qui se rencontrent dans la paternité, se rencontrent dans l'ascendance à tous les degrés. — (Labbé, note sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 février 1875).

(2) C. C. 442, — 1° ; 442, — 3° ; C. P. 34 et 42.

Pour terminer cette courte étude, je vais passer en revue les solutions diverses et successives adoptées par la Jurisprudence sur la matière qui en fait l'objet, et faire un exposé très sommaire des dispositions des législations étrangères qui y ont également trait.

Pendant longtemps la Jurisprudence française a maintenu l'exclusion absolue de l'étranger des fonctions tutélaires.

Par arrêt du 23 juillet 1817, la Cour de Colmar juge qu'un ascendant tuteur légal est incapable de conserver la tutelle après sa naturalisation en pays étranger. Pour justifier la sévérité de cette décision, la Cour fait valoir que la tutelle est un droit civil *stricto sensu* dont la jouissance doit être refusée aux étrangers en vertu de l'article 11 du Code Civil.

La Cour de Bastia par arrêt du 5 juin 1838, et celle de Paris par arrêt du 21 mars 1861, consacrent une solution identique, en se fondant la première sur ce que la tutelle est une charge publique, la seconde sur ce qu'elle est à la fois une charge publique et un droit civil *stricto sensu*.

La Cour de Paris ne tarde pas du reste à atténuer la doctrine qu'elle vient de défendre aux termes de l'arrêt précité. Par un nouvel arrêt du 31 mai 1862, elle décide qu'un ascendant étranger peut être nommé tuteur de son descendant français.

La question ne fut portée que bien plus tard en 1875 devant le Tribunal suprême dans l'affaire du Breignon C^e^ Tidmark. Par arrêt du 16 février 1875 la Cour de Cassation décida qu'il y avait lieu de considérer comme régulière la nomination d'un étranger comme subrogé-tuteur de son descendant français ; « attendu, dit-elle, que la tu-« telle et la subrogée tutelle déférées aux ascendants, déri-

« vent comme la puissance paternelle, du droit naturel de « protection et de surveillance qui leur appartient sur leurs « enfants et descendants ; qu'on ne trouve dans nos lois « aucune disposition qui exclue de ces charges de famille « les père et mère ou autres ascendants étrangers : que « cette exclusion serait contraire aux intérêts des mineurs « pour la défense desquels la tutelle et la subrogée tutelle « sont constituées, qu'elle porterait d'ailleurs atteinte au « principe d'autorité qui sert de base à la famille... »

Jusqu'ici, on l'a remarqué, il ne s'agissait que de la possibilité pour l'ascendant étranger d'être nommé subrogé-tuteur de son descendant français.

Le Tribunal de Versailles et avec lui la Cour de Paris ont fait un pas de plus dans la voie ouverte par la Cour de Paris elle-même et par la Cour de Cassation et décidé :

D'une part, que l'ascendant étranger non domicilié ni même résidant en France était de plein droit tuteur de ses petits-enfants mineurs français, à défaut d'ascendant dans l'autre ligne.

D'autre part, que l'étranger non domicilié ni même résidant en France ne pouvait être exclu à raison de sa qualité d'étranger du conseil de famille de son parent français mineur, et dont la tutelle s'était ouverte en France.

Sur le premier point, le Tribunal, par son jugement du 1er mai 1879 se borne à reproduire les motifs de la Cour de cassation en constatant « que la doctrine ainsi formulée par la Cour suprême a une portée étendue. »

Sur le deuxième point. « Attendu, dit-il, que Torrence « ayant été appelé... ; qu'on ne saurait trouver un motif « d'exclusion dans sa qualité d'étranger et dans sa résidence hors de France, que les raisons qui font décider « que les ascendants étrangers ne sont pas exclus de la

« tutelle doivent faire décider que les autres parents étran-
« gers ne sont pas non plus exclus du conseil de famille,
« qu'elles s'appliquent même avec une force plus grande
« aux membres des conseils de famille qui n'ont pas à
« remplir le rôle actif de tuteur et ne sont appelés qu'à
« un rôle consultatif dans certaines circonstances déter-
« minées. »

Par arrêt du 21 août 1879, la Cour de Paris confirmant le jugement ci-dessus a fait sienne la doctrine admise par le Tribunal de Versailles (1).

Le débat revint indirectement devant elle dans l'affaire de Chaulnes (2). On avait demandé au Tribunal de la Seine qui s'y était refusé, de prononcer la nullité des délibérations du conseil de famille d'une mineure, en se fondant sur ce que deux de ses oncles avaient été exclus du conseil en leur qualité d'étrangers. La Cour se rangeant à l'opinion du Tribunal décida que le droit pour les étrangers de faire partie du conseil de famille d'un Français leur parent, *contraire d'ailleurs à la loi ancienne, ne résultait pour eux d'aucun texte précis* et qu'on avait pu les en écarter sans avoir l'intention de faire fraude à la loi (3).

Enfin, le Tribunal de la Seine dans une affaire assez récente a été appelé à se prononcer sur le point de savoir si un étranger non parent peut faire partie du personnel tutélaire.

(1) Dans le même sens, jugement de Tribunal de Briey du 24 janvier 1879. — J. D. I. P. 1879, p. 285.

(2) Trib. Seine 6 juin 1882. — Cour Paris 2 déc. 1882.

(3) On sait d'autre part que les tribunaux ne tiennent pas compte des irrégularités qui ont pu être commises dans la composition d'un conseil de famille lorsque ces irrégularités ne sont pas inspirées par une pensée de fraude à la loi, et que l'intérêt du mineur n'a pas eu à en souffrir.

Par son testament, Paul Baudry, l'illustre peintre, avait désigné comme conseil de sa femme à la tutelle de ses enfants, M. Ch. Ephrussi, étranger. Mad. veuve Baudry ne fit pas tout d'abord d'objections aux choix de son défunt mari, et reconnut en fait la qualité de M. Ephrussi en ayant quelquefois recours à son assistance. Puis, des difficultés s'étant élevées, elle s'adressa au Tribunal de la Seine pour faire déclarer que son mari n'avait pu valablement lui assigner comme conseil un étranger non autorisé à établir son domicile en France.

Suivant jugement du 20 juillet 1888, le Tribunal fit droit à ses prétentions, « attendu, dit-il, que la tutelle, est de droit positif et une création de la loi en même temps qu'une charge publique » ; il ajoute toutefois que le principe doit fléchir lorsque celui contre qui on l'invoque est rattaché au mineur par les liens d'une étroite parenté, *comme serait un ascendant*.

En résumé voici à l'heure actuelle le dernier état de la jurisprudence française :

La Cour de Cassation (16 février 1875) consacre en faveur des ascendants une exception admise pour la première fois par la Cour de Paris le 31 mai 1862, au principe constant d'après lequel la tutelle n'est pas accessible aux étrangers, tant comme droit civil *stricto sensu* que comme charge publique.

Le Tribunal de Versailles (1er mai 1879) entraînant à son avis la Cour de Paris (21 août 1879), reconnaît aux ascendants la vocation légale et étend l'exception sanctionnée par la Cour suprême aux simples collatéraux en leur concédant le droit de faire partie du conseil de famille d'un mineur français ; mais la même Cour de Paris, revenant peu après (6 juin 1882) bien qu'indirectement

sur cette doctrine, paraît remettre en doute le droit pour les collatéraux d'être investis d'une fonction tutélaire. Enfin le Tribunal de la Seine par son jugement du 20 juillet 1888 maintient l'exclusion absolue pour les étrangers non parents, et en ce qui concerne les ascendants se range à l'opinion de la Cour de Cassation et du Tribunal de Versailles.

C'est à cette dernière manière de voir que j'ai cru devoir me rattacher en faisant de la tutelle un droit civil *stricto sensu* et en exceptant les ascendants de la rigueur des conséquences qui en découlent. Les motifs qui justifient ce privilège sont d'un ordre trop élevé pour pouvoir être aujourd'hui sérieusement contestés. Ces mêmes motifs se retrouvent-ils lorsqu'il s'agit d'accorder aux simples collatéraux étrangers le droit de faire partie du personnel de la tutelle d'un mineur français ? Je ne le crois pas. Le Tribunal de Versailles affirme que « les raisons qui « font décider que les ascendants étrangers ne sont pas « exclus de la tutelle, doivent faire décider que les au- « tres parents étrangers ne sont pas non plus exclus du « conseil de famille... »

Or, en examinant les raisons invoquées par la Cour de Cassation à l'appui de son arrêt du 16 février 1875, on s'aperçoit bien vite que les unes sont inadmissibles et que les autres perdent une grande partie de leur force lorsqu'il s'agit non plus d'ascendants, mais de simples collatéraux.

En Belgique, les Tribunaux semblent avoir obéi aux mêmes mobiles que les Tribunaux français. Après avoir considéré la tutelle comme un droit civil *stricto sensu*, ils se rallient à la théorie qui admet les étrangers parents du mineur à faire partie du personnel tutélaire. « La loi,

dit la Cour de Bruxelles, pour rendre les parents habiles à constituer un véritable conseil de famille, se sont surtout attachés à l'affection qu'elle devait naturellement leur supposer pour le mineur ». On trouvera dans le Droit Civil international de Laurent (t. III, p. 608), un exposé des variations et des tendances de la jurisprudence belge.

Enfin voici en ce qui concerne les législations étrangères quelques brèves indications.

En Angleterre, l'étranger ne peut être tuteur si ce n'est de ses enfants, à la condition qu'ils soient nés de son mariage avec une femme de nationalité anglaise, et qu'il ne puisse être soupçonné de nourrir à leur égard de mauvais desseins (1).

En Italie, l'article 3 du Code Civil disposant que « l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux nationaux », il en résulte que la tutelle lui est accessible sans condition.

En Allemagne, on conclut du silence observé par la loi prussienne de 1875 sur ce point que l'étranger peut remplir la charge de tuteur, mais cette charge n'est pas obligatoire pour lui. La loi Wurtembergeoise de 1876 a rendu la tutelle accessible aux étrangers, mais elle décide que si le tuteur n'est pas allemand ou n'habite pas le territoire allemand, il ne peut entrer en fonctions que lorsque le ministre de la Justice l'y a autorisé, sur la demande de l'autorité tutélaire.

On trouve une disposition identique dans la loi Hongroise de 1877 (Article 60).

D'après l'article 192 du Code civil Autrichien, l'étranger

1) Weiss, op. cit. p. 179.

est incapable d'être tuteur, mais deux anciens décrets impériaux des 27 juillet et 2 novembre 1787 décident que l'étranger peut gérer une tutelle, s'il y a été appelé par testament, par arrangement de famille, ou encore en qualité de proche parent du mineur, pourvu que ce dernier ne soit pas exposé à en souffrir quelque dommage (1).

(1) Voir Chavegrin, op. cit. n° 22, la note et les auteurs qui y sont cités.

CHAPITRE PREMIER

DU STATUT DE LA TUTELLE

Si la protection des incapables s'impose également à tous les pays civilisés, on conçoit en revanche qu'il puisse exister une grande variété dans les mesures par lesquelles chacun d'eux s'est efforcé de réaliser cette protection. La diversité qui, selon le mot humouristique de M. Rolin Jacquemyns (1) « maintient dans l'étude des lois l'attrait qu'une unification complète en ferait bientôt disparaître », n'offre évidemment pas d'inconvénients pratiques quand un rapport juridique est en contact avec la loi d'un seul État, et ne comporte que des conséquences devant se développer exclusivement sur le territoire de cet État. Les difficultés au contraire surgissent et abondent, souvent inextricables, quand à l'occasion de ce même rapport, deux ou plusieurs souverainetés réclamant l'application de leurs législations respectives, entrent en conflit.

Pour rester dans les limites du sujet que j'ai à traiter, on peut supposer un mineur français domicilié à l'étranger au moment où se produit l'événement qui donne ouverture aux mesures de protection. On aura de suite à

(1) Discours prononcé au vingtième anniversaire de la Société de Législation comparée, — 30 juillet 1889.

se demander laquelle des deux lois, la loi française ou la loi du domicile, revendiquera à juste titre la direction de la tutelle. — On peut, compliquant l'hypothèse, supposer que le mineur se trouvait en résidence dans un troisième pays au droit duquel il serait possible de recourir. Enfin, si les biens du mineur sont situés sur le sol d'un État autre que celui où la tutelle doit être constituée, ou si même ils sont épars en diverses contrées, chaque État ne pourra-t-il pas requérir l'organisation d'une tutelle spéciale ayant pour objet les biens se trouvant sur son territoire ?

Comme dans ce dernier cas le débat prend un intérêt particulier en raison de ce qu'il s'élève entre deux doctrines opposées, celle de la personnalité et celle de la réalité du statut, j'examinerai d'abord si l'application de la *lex rei sitæ* s'impose au règlement des conflits relatifs à la tutelle.

On pourrait le croire en se laissant guider par cette considération que le statut réel devant embrasser toutes les dispositions qui intéressent les choses, la tutelle doit être soumise à la *lex rei sitæ*, au moins en ce qui concerne l'administration et la disposition des biens appartenant à l'incapable. Ce point de vue serait cependant inexact. En réalité, l'empire du statut réel est plus restreint, il ne comprend véritablement que les lois qui ont pour objet immédiat de fixer la condition des choses, et d'organiser le régime de la propriété au mieux des intérêts de la nation : telles, par exemple, les formalités relatives à la transmission des immeubles ; de même encore celles qui ont été dictées par des besoins politiques : telles, les prohibitions sur les substitutions. Leur observation s'impose à tous sans distinction ; elles ne sauraient être en effet

violées sans qu'une perturbation s'ensuivit dans l'ordre économique du pays. L'intérêt de l'incapable en admettant qu'il ne fût pas indifférent, ne saurait être ici invoqué au regard de l'intérêt général.

Les dispositions tutélaires ne rentrent évidemment pas dans cette catégorie. L'objet principal en vue duquel elles ont été établies est la protection des personnes et à ce titre elles sont en relation directe et intime avec leur état et leur capacité. Ce n'est qu'accessoirement et par voie de conséquence qu'elles étendent leur effet jusque sur les choses. Il faut donc les rattacher sans réserve au statut personnel, d'où il résulte que leur autorité s'impose partout, tant qu'elles ne sont pas en opposition avec les règles qui sont envisagées comme étant d'ordre public dans les pays où cette autorité est appelée à s'exercer (1).

On comprendrait cependant à la rigueur qu'un État ne voulût confier qu'à un tuteur nommé ou reconnu par lui, la gestion des biens de l'incapable qui font partie du patrimoine national, mais ce formalisme ne s'appuierait sur aucune raison juridique ; il dériverait purement et simplement du principe de souveraineté exclusive et intransigeante qui a donné naissance au réalisme féodal. On pourrait du reste encore le combattre en se plaçant

(1) La puissance tutélaire, comme on sait, est une autorité légale à celui qui est nommé tuteur, sur la personne et sur les biens du mineur jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge prescrit par les lois pour sortir de la tutelle. Cette autorité ne se défère pas de la même manière partout, mais quand elle est déférée par le juge de la tutelle suivant les formes usitées en sa justice, il n'est pas douteux qu'elle n'ait son effet dans tous les lieux où sont situés les biens des mineurs, car il est de principe que celui qui est choisi pour tuteur est censé l'être pour administrer tout le patrimoine du mineur sans en rien excepter.

(Bouhier. — Obs. cout. Bourgogne. — Ch. 24 n^{os} 1 et 3).

au point de vue de la doctrine de l'intérêt. Qu'importe en effet à l'État sur le territoire duquel sont situés les biens du mineur que le mode d'administration et les conditions de disposition de ces biens soient réglés par une loi différente de la sienne, pourvu que l'ordre public n'en reçoive aucune atteinte. « La tutelle intéresse essentiellement le mineur, dit M. Lehr..., un pays peut avoir intérêt à ce qu'un incapable étranger ne demeure pas, sur son territoire, exposé à toutes les tentations et privé de l'assistance que son bas-âge rend nécessaire, mais il n'a aucun intérêt à ce que cette assistance soit organisée plutôt d'après sa propre loi que d'après la législation des parties ».

D'autre part, l'intérêt bien évident de l'incapable est que la tutelle à laquelle il est soumis soit gouvernée par une loi unique qui, éclairée sur ses besoins, ait édicté les mesures les plus propres à leur donner satisfaction d'une manière générale. Or si l'on adoptait la *lex rei sitæ*, en supposant comme je l'ai fait, que les biens du mineur soient épars en diverses contrées, on aboutirait ainsi à l'établissement de plusieurs tutelles constituées suivant des règles diverses, en vue de la protection de la même personne. L'unité de direction qui est la première condition de toute bonne administration se trouverait brisée sans profit pour qui que ce soit, en vue de l'inutile satisfaction du principe de souveraineté, et les intérêts de celui qu'il s'agit de protéger seraient exposés à en souffrir un préjudice en opposition directe avec le but visé.

De quelque côté donc que l'on envisage la question, il y a lieu d'accorder la préférence à la doctrine de la personnalité du statut de la tutelle (1), et le choix de la loi

(1) La question de savoir si quelqu'un doit être réputé majeur ou mineur, pubère ou impubère, émancipé ou soumis à un conseil judi-

qui doit présider à l'organisation de cette dernière est circonscrit entre la loi de la résidence, celle du domicile et la loi nationale de l'incapable.

Il faut écarter de prime abord celle de la résidence. Le lien qui unit le mineur au pays sur lequel il séjourne accidentellement est trop peu serré pour que l'on puisse songer à soumettre au droit de ce pays le règlement des graves questions qui intéressent son état et sa capacité. Il n'existe aucun motif rationnel suffisant pour justifier la prédominance de ce droit, à laquelle s'oppose d'autre part l'intérêt de l'incapable puisque la connaissance des besoins de ce dernier lui échappe absolument. Son triomphe serait exclusivement celui de la force.

Ce n'est pas à dire cependant que l'intervention de la loi de la résidence n'aura jamais lieu de se produire, mais ce ne sera jamais qu'au nom de l'humanité et de l'ordre public pour empêcher qu'un incapable quel qu'il soit demeure abandonné sans protection : par suite des mesures pourront être prises, une tutelle pourra même être à la rigueur constituée conformément à cette loi, mais le tout ne sera que provisoire et prendra fin dès qu'une tutelle définitive aura été organisée selon le droit qui convient le mieux à sa création.

Restent en présence, la loi du domicile et la loi nationale. Leur conflit à l'occasion de la tutelle n'est du reste qu'un

ciaire, interdit ou déclaré incapable, et la condition juridique de chaque personne ainsi qualifiée devront être déterminées, en appliquant en principe la loi personnelle de chacun, quelque puisse être le pays où cette question ait été soulevée et où aient été accomplis par l'incapable les actes à l'égard desquels il y a lieu de se prononcer. (Fiore. op. cit. n° 442.)

épisode du grand débat qui s'est élevé et qui reste ouvert (1), sur le point de savoir quelle est, de ces deux lois, celle qui doit servir de base au statut personnel en général. Mais la lutte est plus vive ici peut-être que sur tout autre point, car elle se complique d'un élément nouveau : l'intérêt de l'incapable, si difficile à préciser dans la circonstance.

Voyons d'abord quels sont les arguments que font valoir les partisans de l'une et l'autre loi en tant qu'il s'agit du statut personnel en général.

Le domicile, disent ses défenseurs, est le siège principal des affaires de l'individu ; c'est là que s'affirme et se développe son existence juridique. Il y accomplit les actes et exerce les droits qui sont le témoignage et la manifestation extérieure de sa personnalité. C'est donc au domicile qu'il faut rattacher légalement cette personnalité.

De plus le domicile n'est pas un lien accidentel, comme la nationalité ; il est le résultat d'un choix librement consenti, et quoi de plus logique que de soumettre les personnes à la loi sous l'empire de laquelle elles sont venues se placer volontairement elles-mêmes (2).

Enfin l'intérêt des tiers qui joue un si grand rôle dans

(1) Sur le terrain rationnel, ce serait se faire illusion de penser que la lutte entre la nationalité et le domicile a pris fin. En France et en Italie on a trop sacrifié le domicile et on peut reprocher aux traités d'union Sud-Américaine conclus à Montévidéo en 1889, d'avoir entièrement méconnu le lien de la nationalité. S'il est vrai, ce que personne ne conteste, que notre science ait pour but de soumettre les relations juridiques au droit qui convient le mieux à leur nature, on sera amené à faire un partage équitable d'attributions entre le lien domiciliaire et le lien national. (Chausse. — *Revue critique*, — mai 1892).

(2) Vivre dans un pays, c'est se soumettre en tous sens à sa souveraineté ; c'est pas conséquent agir d'après le mode d'action déterminé par les lois de cette souveraineté. — (Mailher de Chassat).

les théories juridiques, commande également l'adoption de la loi du domicile. Elle leur offre en effet bien plus de facilités pour se renseigner sur l'état et la capacité des personnes avec qui elles traitent.

La loi du domicile a encore pour elle l'autorité de la tradition. C'est exclusivement d'elle que s'occupent les anciens légistes, dans les limites restreintes où ils admettent la prédominance du statut personnel.

Les partisans de la loi nationale invoquent des raisons non moins pressantes.

Si l'état est le signalement juridique de la personne, n'est-ce pas à la loi qui a le plus d'aptitude pour en fixer les éléments qu'il faut laisser ce soin ? Or, quelle est la loi, qui étant la mieux informée des besoins de cette personne, pourra édicter plus sûrement les règles qu'il convient de lui appliquer aux périodes successives de son existence et dans ses diverses manières d'être ? N'est-ce pas, de toute évidence, sa loi nationale, en qui se sont condensées et comme cristallisées les mœurs (1) et les habitudes traditionnelles de la race à laquelle elle appartient (2)?

(1) Relativement à une nation on entend par les mœurs, ses coutumes, ses usages, non pas ceux qui, indifférents en eux-mêmes, sont du ressort d'une mode arbitraire, mais ceux qui influent sur la manière de penser, de sentir ou d'agir, ou qui en dépendent (Duclos, *Considérations*. Chap. 1er).

(2) Dans une étude publiée par le journal D. I. P., 1893, M. Pillet, tout en reconnaissant leur exactitude, trouve insuffisantes pour expliquer la diversité des législations, les considérations tirées habituellement des différences qui existent entre les nations aux points de vue de la nature du sol, des produits, du climat, du caractère des habitants.... « La diversité des législations, dit-il, nous paraît avoir bien plutôt ses raisons dans la volonté même de la nation, volonté instinctive chez les uns d'avoir leurs propres lois, de n'obéir qu'aux commandements auxquels leurs ancêtres ont obéi, volonté raisonnée chez les autres de fortifier le caractère national du peuple par la singularité des institutions de droit privé ».

D'autre part en pareille matière, la volonté des parties n'a aucun rôle à jouer. Non seulement il n'y a pas à tenir compte du choix qu'elles seraient présumées faire de la loi du domicile où elles s'établissent, mais encore il importe de ne pas leur laisser la faculté de modifier leur état et leur capacité par des déplacements successifs, du reste dus plus souvent à des vicissitudes de fortune qu'à des intentions bien réfléchies. A ce point de vue le lien national est autrement puissant et stable. Sans doute une personne peut changer de nationalité, mais les formalités dont ce changement est accompagné sont telles qu'elles en font un acte des plus difficiles à réaliser, et qui ne s'accomplira jamais que sous l'influence de motifs sérieux, rarement d'un simple caprice.

En ce qui concerne l'intérêt des tiers, il semble bien tout d'abord que le domicile étant un fait plus apparent que la nationalité, ceux-ci auraient effectivement plus de facilités pour connaître d'une façon certaine l'état et la capacité des personnes avec qui ils sont appelés à contracter, si l'état et la capacité de ces personnes étaient régis par la loi du domicile; mais la réflexion démontre que cette croyance serait l'effet d'une illusion.

« Le domicile, dit un auteur (1), est-il donc toujours si bien établi qu'aucune difficulté ne puisse s'élever ? Mais il suffit d'ouvrir un recueil d'arrêts pour s'apercevoir du contraire. Le Code civil décide, dans son article 102, que le domicile est au lieu où l'on a son principal établissement ; que l'on suppose donc qu'une même personne ait plusieurs centres d'affaires importants et immédiatement on voit apparaître, difficile à trancher pour les tiers, la

(1) MM. Surville et Arthuys, op. cit., p. 148-149.

question de savoir quel est de ces centres d'affaires celui qui lui assigne un domicile. L'embarras étant de même nature, il n'y a pas de motif d'utilité pratique pour répudier la vraie théorie qui repose sur la nationalité. »

Enfin si les anciens légistes ne s'occupent que de la loi du domicile, cela tient à des causes qui ont aujourd'hui disparu. Il ne pouvait en effet être question de nationalité au point de vue juridique à une époque où les relations d'affaires entre peuples différents étaient peu fréquentes, et où par suite étaient rares également les occasions de conflits entre leurs lois privées. Les discussions qui s'agitent aujourd'hui en Droit International privé trouvaient alors leur aliment presque exclusif dans le cercle restreint des dispositions coutumières, si variées et si diverses qui régissaient le territoire français. Il n'y avait pas, comme cela arrive aujourd'hui si fréquemment, de conflits entre les lois de souverainetés diverses également indépendantes et jalouses d'assurer le respect de cette indépendance ; tout se bornait à des conflits de coutumes dépendant au fond d'une même souveraineté. Ainsi le choix de la loi du domicile pour régir l'état et la capacité des parties en cause, s'offrait sans comparaison aux Jurisconsultes qui acceptaient l'extension de l'autorité du statut personnel au delà des limites du territoire où régnait la coutume dont relevaient ces parties.

Les raisons qui militent en faveur de la loi nationale étant supérieures à celles que font valoir les défenseurs du domicile, je me rangerai à l'opinion de ceux qui estiment que son adoption s'impose aujourd'hui comme fondement du statut personnel (1).

(1) On pourrait lui faire cependant le reproche d'accentuer le particularisme des nations et d'être destinée à devenir un obstacle à la

En ce qui concerne plus spécialement la tutelle, on peut cependant se demander si l'intérêt de l'incapable ne commanderait pas de faire échec à la règle et de faire prévaloir par exception la loi du domicile.

Je ne le pense pas, bien que la question soit assez délicate, il faut le reconnaître. La loi du domicile présente en effet dans la circonstance, une supériorité certaine sur la loi nationale, celle de pouvoir réaliser le plus rapidement et avec le plus de simplicité les mesures réclamées ; mais ces mesures, spécialement édictées pour les citoyens d'une nation, s'accommoderont-elles toujours au tempérament et aux mœurs des ressortissants des autres pays ? Que l'on suppose par exemple, la tutelle d'un mineur français s'ouvrant sur un territoire où cette institution au lieu de reposer sur une base familiale, revêt une organisation administrative : qui ne sent ce qu'il y aurait de choquant à enlever à ce mineur la protection des siens, protection prévue et réglementée par les lois de sa nation, selon des règles considérées d'avance et avec certitude comme devant être les plus conformes à sa situation et à son intérêt dans le malheur qui le frappe ; et cela, pour le soumettre à l'empire d'une législation qui lui est étrangère ? (1).

marche du D. I. en tant qu'il se proposerait pour fin suprême l'établissement d'une communauté juridique entre les divers peuples

(1) C'est la loi nationale, qui saisit la personne à son berceau, qui la protège dès les premiers pas qu'elle fait dans la vie, la loi que la personne doit connaître avant toutes les autres, celle à laquelle elle est toujours censée se reporter parce que c'est la loi du premier foyer, des premiers intérêts, des premières affections. (Pradier Fodéré. — Revue D. I. 1889, p. 231).

En me plaçant plus spécialement au point de vue français, il me semble qu'il existe une autre raison de donner la préférence à la loi nationale. C'est un lieu commun de dire que les Français, soit par manque d'initiative, soit par l'effet d'un attachement invétéré et passionné au sol sur lequel ils sont nés, sont peu enclins à s'expatrier ;

C'est donc à la loi nationale de l'incapable que je réserverai la direction suprême de la tutelle, et c'est à sa lueur que je chercherai à résoudre les conflits de lois particuliers, au fur et à mesure qu'ils se présenteront au cours de cette étude.

Cette solution est loin d'être universellement admise.

Les théories réalistes ont longtemps triomphé d'une façon exclusive en Angleterre et aux États-Unis. Mais une évolution paraît en voie de s'accomplir dans la doctrine et la jurisprudence anglaise au point de vue de la détermination de la loi qui doit régir l'état et la capacité des individus. Parlant de la Chancery Division de la Haute Cour qui a dans ses attributions la protection des mineurs, un auteur s'exprime ainsi. « La règle de compétence au point « de vue international, relativement à la personne, est « applicable à cette cour. Ainsi des mineurs français dont « le père est domicilié en Angleterre, ne peuvent être sou- « mis par cette cour à la loi personnelle française ; elle « doit leur appliquer la loi personnelle anglaise. En vertu « de la même règle, si le domicile du père français était « par exemple en Écosse, le tribunal appliquerait aux mi-

et lorsque les circonstances les ont décidés à porter leur domicile sur le sol d'un autre pays, ce qu'on a justement appelé l'esprit de retour reste vivace en eux. C'est donc à la patrie dont ils sont éloignés, il est vrai, mais d'une façon, pourrait-on dire, toujours momentanée, à laquelle ils restent ainsi attachés par un ineffaçable souvenir, c'est à leur patrie, dis-je, qu'il appartient d'étendre la protection de ses lois sur leurs enfants, lorsque la mort du chef de famille les laisse isolés et incapables de se suffire à eux-mêmes sur le territoire étranger. L'argumentation ne paraîtra pas peut-être bien sévère au point de vue juridique ; cependant si le choix de la loi nationale, comme fondement du statut personnel, est surtout basé sur l'harmonie qui est présumée exister d'une manière générale entre l'individu et les mœurs de sa nation, il me sera peut-être permis de tirer d'un trait particulier de ces mœurs un motif de fortifier ce choix dans un cas où il pourrait être combattu avec le plus de légitimité.

« neurs se trouvant en Angleterre la loi personnelle écos-
« saise ».

Or quelle est cette règle générale de compétence à l'égard de la personne ? « Elle est basée sur le domicile « qui s'entend du lieu où la personne a sa demeure véri-« table et permanente et son principal établissement et « à laquelle elle a l'intention de retourner toutes les fois « qu'elle vient à s'absenter. » Et le même auteur cite ces paroles du chancelier lord Westbury :

« La loi anglaise reconnaît à chaque personne lors de « sa naissance, deux conditions légales ou statuts diffé-« rents. En vertu de l'un, elle devient le sujet de tel pays « particulier, se trouvant liée par le nœud d'allégeance « naturelle. C'est le statut politique. En vertu du second « elle est revêtue de la qualité de citoyen de tel pays par-« ticulier, jouit de certains droits civils et est soumise à « certaines obligations, c'est le statut civil. Ce dernier « peut être très différent du premier. En effet, le statut « politique peut dépendre de lois différentes régissant des « pays divers, tandis que le statut civil est gouverné uni-« versellement par un seul principe, celui du domicile. « Le domicile constitue le critérium établi par la loi dans « le but de déterminer le statut civil. De cette base du « domicile doivent dépendre les droits se rattachant à la « personne, par exemple, à la majorité, à la minorité, au « mariage, ou les droits s'élevant à l'occasion d'une suc-« cession testamentaire ou ab intestat » (1).

(1) R. Pavitt J.D.I.P. 1885 p. 507 et 513. — Voir aussi Surville et Arthuys op. cit. p. 163-164. — Comp. Haute Cour, Chancery Division 12 mai 1885 et Cour d'appel 31 juillet 1885. J.D.I.P. 1886 p. 223 et 224. Ces décisions ont été rendues sur une espèce très particulière dans la solution de laquelle la justice anglaise paraît s'être inspirée surtout de l'intérêt de l'enfant et s'être mise en contradiction avec le

Dans les pays Allemands, la préférence est accordée à la loi du domicile. En ce qui concerne spécialement les tutelles et curatelles, « elles sont, dit M. Lehr, régies par « la loi du lieu où elles sont constituées, c'est-à-dire en « règle générale par la loi du domicile du pupille. C'est « cette loi qui détermine les cas dans lesquels il y a lieu « de constituer une tutelle ou une curatelle, les modes de « délation, les droits et obligations de tuteur, quelle que « soit d'ailleurs la situation des biens à administrer (1). »

principe exposé ci-dessus, en acceptant le renvoi que lui faisait la justice française dans le but de nommer un gardien à une mineure, anglaise d'origine, mais n'étant pas domiciliée en Angleterre et n'y possédant aucun bien. — Il n'est du reste pas facile de faire un exposé de la doctrine suivie en Angleterre et aux États-Unis. Comme le disait récemment le *Times* (19 avril 1893) « *la loi anglaise est une chose très mystérieuse* ». — Voir J.D.I.P. 1894, p. 16, quelques observations de M. Lainé sur le droit civil anglais.

(1) Eléments de Droit civil germanique n° 108.

En outre des raisons que j'ai ci-dessus exposées, on peut pour expliquer cette préférence rappeler la similitude existant entre la situation respective des pays Allemands et celle des anciennes provinces françaises. Je ne prétends du reste pas que cette similitude soit complète. Les provinces françaises dépendaient au fond d'une souveraineté unique dont l'autorité pouvait s'exercer sur le règlement des conflits coutumiers. Les pays Allemands ayant été presque toujours réunis par des systèmes divers de fédération, le pouvoir suprême auquel ils obéissaient pour le règlement de questions déterminées, leur laissait leur indépendance respective dans le domaine des lois privées, mais l'adoption de la loi du domicile n'en avait pas moins pour résultat de créer entre eux un accord juridique répondant à leurs aspirations communes.

« La société allemande de juristes réunis à Wiesbaden a admis cette « proposition que dans les cas de conflits de droit international privé, « il y a lieu de préférer la loi nationale à celle du domicile dans les « matières de capacité, d'état, de droit de famille et de succession. » (Surville et Arthuys. op. cit., p. 162, note 2.) — La Cour d'appel de Cologne (11 mars 1891) et le tribunal de l'Empire (27 octobre 1891) ont jugé que la capacité d'une personne pour contracter mariage fait partie de son statut personnel, et que dès lors cette capacité se détermine d'après sa loi nationale et non d'après celle du premier domi-

Le Congrès Sud-Américain de Montévidéo a aussi consacré la prédominance de la loi du domicile. L'article 19 du Traité de Droit Civil International qu'il a élaboré est ainsi conçu. « L'attribution de la tutelle et de la curatelle est régie par la loi du lieu du domicile des incapables (1). »

Par contre la loi nationale l'emporte dans la plupart des autres pays avec des restrictions plus ou moins considérables.

En ce qui concerne les Français à l'étranger, le paragraphe 3 de l'article 3 du Code civil ainsi conçu : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers », semble bien lever tous les doutes. Toutefois, M. Demangeat a essayé

cile des époux, et quand dans la patrie de cette personne il y a diversité de lois, d'après la loi du pays auquel cette personne appartenait par son domicile avant son mariage. J.D.I P. 1893, p. 604.

En Danemark, c'est d'après la loi du domicile que se règlent les questions ayant trait à l'état, à la capacité des personnes. — Tribunal criminel de Copenhague 24 janvier 1891. — J. D. I. P. 1893, p. 230.

(1) « On ne trouve pas dans les législations positives des États-sud Américain ces divergences radicales qui sont fondées sur les influences de race, les traditions particulières à chaque nation, sur une situation géographique spéciale, sur une infinité d'autres causes sociales, politiques, économiques, etc.. Il n'y a guère d'antagonisme entre les législations hispano-américaines, elles ont une origine commune ; les principes sur lesquels elles reposent, les règles qui les constituent diffèrent peu d'État à État. Le fond de toutes ces lois est de trame espagnole et sur cette trame excellente, les législateurs sud-Américains ont appliqué par-ci par-là quelques arabesques tirées du droit français, anglais ou allemand suivant la prédominance momentanée de l'élément latin, anglo-saxon ou tudesque..... Les négociateurs de ce traité ont absolument rejeté l'application de la loi nationale dans les cas où elle est généralement admise, et ils se sont mis ainsi en contradiction avec ce que, dix ans auparavant, le congrès des juristes américains avait cru devoir décider. Si l'on s'explique difficilement cette opposition de vues, on comprend du moins que la question de nationalité ait fort peu d'importance dans l'Amérique Espagnole, ou à vrai dire, il n'y a pas de nations distinctes, mais seulement des États autonomes divers ». (Pradier-Fodéré, Revue D.I. 1889. p. 230).

de faire une distinction basée sur les termes mêmes de la loi. D'après cet auteur, la disposition de l'article 3 ne vise que le cas où le Français réside à l'étranger sans y avoir son domicile. Mais s'il est réellement domicilié à l'étranger, non seulement elle ne peut plus s'appliquer, mais il serait logique de conclure par un argument *a contrario* que c'est à la loi du domicile qu'il faut avoir recours. Le sens du mot « résidant » est en effet très net et très précis et il n'est pas possible de l'étendre sans commettre un abus d'interprétation.

Cette manière de voir est à peu près isolée, et l'on admet généralement que les rédacteurs du Code ont employé l'expression « résidant », dans le sens le plus large qu'elle comporte. Les travaux préparatoires autorisent cette conclusion corroborée d'autre part par les termes de l'article 170 Code civil, lequel renferme une application particulière de la règle posée par l'article 3 paragraphe 3 (1).

Le Code ne contient aucune disposition relative à la situation des étrangers qui habitent le territoire français, au point de vue de la loi qui doit régir en France leur état et leur capacité. Le législateur a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de poser les règles à observer sur ce sujet.

La doctrine enseigne aujourd'hui d'une façon unanime que les étrangers doivent rester soumis en France aux prescriptions de leur loi nationale, mais il existe des divergences parmi les auteurs sur les tempéraments qu'il convient d'apporter au principe. Tandis que, pour les uns, ces tempéraments ne peuvent résulter que des injonctions de l'ordre public, de l'autonomie de la volonté, de

(1) Surville et Arthuys. op. cit., p. 152-153.

l'observation de la règle *Locus regit actum* ou encore de l'emploi par l'étranger contractant de manœuvres frauduleuses, quelques Jurisconsultes admettent de plus que l'application de la loi étrangère doit être repoussée toutes les fois qu'elle aurait pour résultat de blesser l'intérêt légitime d'un Français. Cette dernière restriction a été proposée par M. Valette et accueillie notamment par MM. Aubry et Rau et Demolombe : toutefois ces derniers auteurs y ajoutent cette condition, que le Français qui a traité avec l'étranger n'ait pas agi avec légèreté ou imprudence.

La Jurisprudence qui consacre d'une façon constante le principe que les étrangers sont régis en France, quant à leur état et à leur capacité civile par leur loi personnelle (1), paraît se ranger à l'opinion de MM. Aubry et Rau et Demolombe en ce qui concerne la dernière restriction admise par ces auteurs, et je citerai un cas se rapportant à cette étude sur lequel elle a eu à statuer et dans la solution duquel elle s'en est inspirée.

Un sujet américain, Lizzardi, majeur d'après la loi française et mineur d'après sa loi nationale, avait souscrit en France des lettres de change s'élevant au chiffre de 60,000 francs, et acheté chez un joaillier français divers bijoux dont le prix total était de 95,000 francs. Sur réclamation de son tuteur les lettres de change furent annulées, mais par arrêt du 18 juillet 1859, confirmé en Cassa-

(1) Cour d'appel de Paris, 26 mars 1891. J. D. I. P. 1893 p. 529. Tribunal civil de Tunis 11 juillet 1892. J, D. I. P. 1893 p. 536. Tribunal de la Seine 10 février 1893 J. D. I. P. 1893 p. 530. — Voir spécialement en matière de tutelle, Tribunal de la Seine, 1er juin 1888 et Cour de Paris 28 juin 1889. J. D. I. P. 1890 p. 329.

tion le 16 janvier 1861, la Cour de Paris condamna Lizzardi à solder la facture du bijoutier (1).

Je m'associerai aux critiques qui ont été élevées contre cette théorie. Je ne pense pas qu'un intérêt privé, si respectable qu'il soit, puisse tenir en échec une règle de droit (2).

En Italie le principe de nationalité est consacré par l'article 6 du Code civil, ainsi conçu. « L'état et la capa-

(1) Weiss. op. cit. p. 276. Cour de Paris J. D. I. P. 1883 p. 290. V. aussi Trib. de la Seine, 1 juillet 1886 J. D. I. P. 1887 p. 178.

(2) De plus la jurisprudence paraissant disposée à accepter le renvoi que lui fait implicitement la loi nationale de l'individu en cause, quand cette loi a adopté le domicile comme règle de compétence, il en résulterait que d'après elle, les étrangers seraient toujours régis en France par leur statut personnel, qu'il ait pour base la nationalité ou le domicile. — Voir toutefois le jugement cité ci-contre du tribunal civil de la Seine, en date du 10 février 1893. J. D. I. P. 1893, p. 530 : « Attendu, dit le Tribunal, qu'en décidant que la loi applicable à l'état « et à la capacité des étrangers en France est leur loi nationale, le lé- « gislateur français a considéré que, l'état et la capacité des personnes « étant une dépendance étroite de leur nationalité, cette loi est mieux « placée que toute autre pour apprécier les conditions d'où la règle « juridique doit dériver, et qu'elle doit être observée par des motifs « supérieurs de raison et de justice ; mais qu'exposant ce principe, le « législateur n'a pas en vue la règle de droit international admise en « cette matière dans la législation étrangère, puisque lui-même, dans « l'exercice de sa souveraineté, établit cette règle et donne la solution « du conflit de la loi française avec les lois étrangères en disposant « que les étrangers sont régis en France par leur statut personnel et « en ordonnant aux juges français de leur appliquer leur loi nationale. « — Que c'est là une règle impérative à laquelle il échet de se confor- « mer et que l'on ne saurait y substituer la conception différente d'une « législation étrangère attachant sur la matière plus d'importance au « domicile qu'à la nationalité. » — On peut se demander si le tribunal n'a pas été trop affirmatif en déclarant que c'est sur l'ordre formel du législateur qu'on doit appliquer sa loi nationale à l'état et à la capacité de l'étranger en France. — Comparez sur cette intéressante question Surville et Arthuys. op. cit. p. 44 et 45 et Weiss op. cit. p. 281 et 282 et les nombreuses décisions de jurisprudence citées par ces auteurs.

cité des personnes et leurs rapports de famille sont régis par la loi de la nation à laquelle ils appartiennent. »

Aux Pays-Bas il existe aussi une disposition formelle. Le Code civil article 9 dit que : « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les nationaux, tant que la loi n'a pas établi expressément le contraire. » Il en est de même en Espagne (1).

L'article 8 de la loi Suisse du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil du citoyen établi ou en séjour porte : « Les questions qui touchent aux rapports de famille... sont soumises à la législation et à la juridiction du lieu d'origine ». Cette disposition a été étendue aux étrangers ayant des intérêts en Suisse (art. 32 de la même loi). — (J. D. I. P. 1893, p. 242 et 243).

Enfin en Belgique, en Portugal, en Roumanie et en Russie, on reconnaît également la règle d'après laquelle l'état et la capacité des personnes sont régis par les lois de la Nation à laquelle elles appartiennent.

Parmi les législations étrangères qui admettent la prédominance de la loi nationale ou de la loi du domicile pour régir l'état et la capacité des personnes, quelques-unes contiennent des restrictions plus ou moins étendues à l'application de cette loi, visiblement inspirées par le désir de protéger les nationaux contre les conséquences pouvant résulter de la nullité des conventions qu'ils auraient passées avec des étrangers incapables d'après leur loi personnelle.

Le paragraphe 35 de l'introduction au Code Civil Prussien s'exprime ainsi : « Cependant un étranger qui con-« tracte en Prusse sur les objets qui s'y trouvent, doit

(1) C. C. articles 9 et 15.

« être jugé relativement à sa capacité de contracter, « suivant les lois qui favorisent le plus la validité de la « convention ».

Le Code Civil Autrichien fait une distinction. Si un étranger a contracté en Autriche un engagement unilatéral, sa capacité s'apprécie d'après la loi la plus favorable à la validité de l'engagement (§ 35). Mais s'il fait avec un Autrichien une convention synallagmatique, c'est toujours la loi autrichienne qui décide s'il était capable de contracter (§ 36) (1).

Après avoir posé comme règle que « la capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent, » la loi fédérale suisse du 22 juin 1881 ajoute : « Toutefois l'étranger qui, d'après le droit suisse, « posséderait la capacité civile, s'oblige valablement par les « engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que « cette capacité ne lui appartiendrait pas d'après la loi de « son pays ».

Dans sa session de Hambourg, ouverte le 7 septembre 1891, l'Institut de Droit International a discuté un projet de règlement international des tutelles des mineurs étrangers et a formulé par l'article premier la résolution suivante :

« *La tutelle des mineurs est régie par la loi nationale.* »

Mais si c'est à la loi nationale de l'incapable que doit appartenir en droit la direction de la tutelle, il peut se faire que des difficultés de fait rendent son application

(1) Il est à remarquer que tandis que par le paragraphe 34, le Code civil Autrichien décide d'une façon générale que l'état et la capacité des étrangers, sont régis en Autriche par la loi de leur domicile, dans son paragraphe 4, il consacre la règle que les Autrichiens à l'étranger restent soumis sur ces points aux prescriptions de leur loi nationale.

impossible. En pareil cas, comme du reste cela se pratique toujours en matière d'état et de capacité des personnes, il y aura lieu de recourir subsidiairement à la loi du domicile et même quelquefois à celle de la résidence.

DU CAS OU LE TUTEUR LÉGAL ET LE PUPILLE SONT DE NATIONALITÉ DIFFÉRENTE.

J'ai supposé dans les explications qui précèdent que le tuteur et le pupille appartenaient à une même patrie, mais cette prévision n'est pas toujours exacte. Au cas où leur nationalité serait différente, la règle posée n'en recevrait pas moins son application, et c'est toujours à la loi de l'incapable qu'il faudrait donner la préférence.

« Il y a lieu de noter, dit Fiore, que comme la tutelle « et toutes les autres mesures de protection établies par « la loi pour protéger un incapable sont édictées dans « l'intérêt de celui-ci, et dans le but de protéger ou de « compléter d'une manière quelconque sa personnalité, « tout doit dépendre de la loi personnelle de l'incapable « et non de celle de la personne qui prétend exercer son « autorité sur lui. En effet, les lois qui organisent la « tutelle n'ont certainement pas pour but de régler l'état « du tuteur, mais celui du pupille et de l'incapable. Par « conséquent, en cas de conflit, en ce qui concerne la « tutelle entre les droits de celui qui y prétend et les « droits de celui qui y est soumis, on devra donner la « préférence à la loi régulatrice de l'état de l'incapable » (op. cit. nº 461) (1).

(1) J. D. I. P. 1880 p. 340. — En Italie, la tutelle est régie par la loi nationale du mineur, que le tuteur ait ou non la nationalité de son pupille (Esperson).

« Quelle peut être la raison d'être de la tutelle, dit aussi « M. Brocher, si ce n'est de suppléer aux incapacités du « pupille ? N'est-ce pas la personnalité de celui-ci qu'il « s'agit de protéger et de complémenter en quelque sorte? « N'y a-t-il pas là une représentation du pupille conférée « par la loi ? Cette loi peut-elle être autre que celle du « statut personnel de la personne représentée? Le pro- « blème ne se réduit-il pas à une question de compétence? « Le paragraphe 3 de l'article 3 du Code civil ne porte-t- « il pas : « Les lois concernant l'état et la capacité des « personnes régissent les Français même résidant en pays « étranger? » Nous le demandons ; la tutelle concerne-t- « elle l'état du tuteur ou celui du pupille..... Nous « croyons pouvoir conclure que s'il s'élève un conflit en « ce qui concerne la tutelle, entre la loi personnelle de « celui qui se prétend tuteur et celui du pupille, c'est à « cette dernière qu'il faut s'arrêter de préférence... » (n° 108. op. cit.)

Toutefois une difficulté spéciale se présente lorsque le tuteur tient sa vocation de la loi ; les exemples suivants empruntés aux annales de la Jurisprudence, montreront bien de quelle nature est cette difficulté.

Un Autrichien marié à une Française mourut en Algérie où il demeurait avec sa femme, laissant une fille mineure issue de son union avec cette dernière. La veuve ayant recouvré la qualité de Française fit valoir ses droits à la tutelle légale de sa fille demeurée Autrichienne, mais elle se heurta à la résistance du Consul Autrichien qui lui opposa la loi de son pays, laquelle ne reconnaît pas à la mère la qualité de tutrice légale.

Le Tribunal de Mostaganem, la Cour d'Alger et la Cour

de Cassation (1) donnèrent successivement raison à la mère.

Une espèce identique par son objet et par la nationalité des parties en cause, fut soumise depuis à l'appréciation du Tribunal Civil de la Seine qui se rangea à l'avis de la Cour de Cassation. Il est vrai que dans ce dernier cas, le débat n'a pas été contradictoire, mais cette circonstance a été évidemment sans influence sur le Jugement du Tribunal (2).

Les motifs sur lesquels furent basées ces décisions peuvent se ramener à cette idée que la mère étant investie *pleno jure* par la loi française de la tutelle de sa fille, ne pouvait être dépouillée des droits et avantages que lui conférait cette qualité par suite de l'intervention d'une loi étrangère, laquelle devait être d'autant mieux repoussée, que la puissance paternelle qui touche à l'ordre public, était intéressée dans l'affaire.

Les décisions que je viens de citer ont été diversement appréciées. M. Lehr, dans la *Revue de Droit international* a fait une vive critique du jugement du Tribunal Civil de la Seine, reprochant aux magistrats de s'être au fond uniquement inspirés de la doctrine que j'ai ci-dessus exposée et désapprouvée, qui consiste à écarter l'autorité de la loi étrangère, même quand cette autorité est légitime selon le droit, si l'intérêt privé des nationaux doit en souffrir un préjudice.

Pour M. Lehr, la solution du débat sur lequel la Cour a été appelée à se prononcer doit dépendre de la réponse que l'on fera à la question suivante : La tutelle est-elle

(1) Cassation, 13 janvier 1873.
(2) Seine, 5 avril 1884.

constituée au profit des parents ou au profit de l'incapable ?

« Si l'on admet, dit-il, que la tutelle est instituée par « nos lois dans l'intérêt des parents appelés à l'exercer, s'il « s'agit de sauvegarder par dessus toutes choses la puis- « sance paternelle qui est d'ordre public, le Tribunal de la « Seine a raison : il faut saisir toutes les occasions de res- « tituer à une mère les pouvoirs qu'elle a momentanément « aliénés en épousant un étranger. »

Mais cette pensée a-t-elle été celle du législateur français ? La négative paraît certaine si l'on réfléchit qu'il a fixé l'ouverture de la tutelle au décès du premier mourant des père et mère au lieu de laisser à l'époux, ou tout au moins au père survivant, la garde des enfants et l'administration de leur fortune en vertu de la seule puissance paternelle, ainsi que l'ont fait beaucoup de législations étrangères.

Il est vrai que l'époux survivant conserve quelques-uns des attributs de la puissance paternelle, mais ceux-là seuls qui peuvent se concilier avec l'intérêt des enfants. D'autre part les entraves dont son administration est entourée et le contrôle minutieux auquel il est soumis, démontrent avec évidence que c'est cet intérêt que le législateur a eu principalement en vue.

Tout en acceptant les conclusions de l'éminent jurisconsulte, je ne trouve pas que le motif ci-dessus soit suffisant pour les justifier. Je ne pense pas que cette considération, que la puissance paternelle est comme amoindrie par la tutelle légale, soit rigoureusement exacte. Si le Code a placé l'ouverture de la tutelle au décès du premier mourant des père et mère, il semble avoir pris à tâche d'épargner au survivant l'application des mesures de défiance les plus rigoureuses dont l'administration du tuteur est entou-

rée. Les articles 453, 454, 470 du Code Civil, ce dernier surtout qui rend à peu près illusoire le contrôle du subrogé tuteur, témoignent de la préoccupation du législateur à ce sujet. D'autre part, il est certain que les prérogatives de la puissance paternelle subsistent presque intactes au profit de l'époux survivant.

Je crois au contraire que la puissance paternelle domine l'institution de la tutelle légale. Si donc il était vrai que la première fut d'ordre public international, il s'ensuivrait que l'une et l'autre auraient été dans les cas précités, légitimement attribués à l'époux survivant en vertu des seules dispositions de la loi française.

Mais cette idée est-elle bien juste? Il est permis d'en douter.

La puissance paternelle ne présente plus aujourd'hui le caractère qu'elle revêtait dans l'antiquité, où, établie dans l'intérêt des parents, elle était l'un des appuis les plus solides d'un ordre social constitué d'après les règles particulièrement sévères de discipline et d'autorité. Commencée, on peut le dire, dès l'époque classique du droit romain, avivée au contact des traditions germaniques, l'évolution qui tend à en faire un instrument d'assistance et de protection pour l'enfant, s'est accomplie lentement sous l'influence des idées chrétiennes jusqu'au dix-huitième siècle où elle a puisé, au point de vue philosophique, une vigueur nouvelle dans les théories sur l'éducation de J. J. Rousseau (1). Le Droit intermédiaire exagérant les conséquences de cette manière de voir, « ne laissa plus aux parents, di-

(1) « A une époque où l'institution de la famille avait, dans sa solidité, quelque chose de dur et encore romain, Molière avait travaillé à adoucir, à étendre, à humaniser les rapports des parents et des enfants, et régulièrement il avait pris parti pour ces derniers. » (Jules Lemaître. Étude sur E. Augier).

sent MM. Aubry et Rau, qu'une ombre d'autorité sur leurs enfants mineurs et leur retira toute espèce de puissance sur ceux qui avaient atteint la majorité (1). Jusqu'à quel point le Code s'est-il à son tour imprégné de cette doctrine? Bien que quelques jurisconsultes (2) prétendent encore qu'il a établi la puissance paternelle autant dans l'intérêt des parents et de l'État que dans celui des enfants, il semble cependant que ses auteurs aient pris plus particulièrement ce dernier en considération, lorsqu'ils ont tracé les règles de cette institution. « On doit reconnaître, ajoutent MM. Aubry et Rau, que les rédacteurs du Code, négligeant le point de vue moral de la matière, se sont montrés envers les parents d'une défiance qui ne trouve, ni dans les sentiments naturels de l'homme, ni dans les mœurs de notre société, une justification suffisante. »

L'évolution que je viens de signaler, loin de s'arrêter, s'est poursuivie dans les mœurs et les idées modernes; on en pourrait trouver la preuve dans l'histoire de l'enseignement en France pendant ce siècle. Pour se justifier de n'avoir pas admis dans sa réforme le système de l'obligation de l'instruction primaire, M. Guizot a écrit les lignes suivantes : « La fière susceptibilité des peuples libres et la « forte indépendance mutuelle du pouvoir temporel et du « pouvoir spirituel, s'accommoderaient mal de cette action « coërcitive de l'État dans l'intérieur de la famille, et là où « les traditions ne la sanctionnent pas, des lois échoueraient « à l'introduire; car, ou bien elles n'iraient pas au delà « d'un commandement vain, ou bien elles auraient recours « pour se faire obéir, à des prescriptions et à des recher-

(1) Tome 6, page 75.

(2) Pradier-Fodéré. *Traité de Droit international public.* 1887, page 902, tome I.

« ches inquisitoriales odieuses à tenter et presque impos « sibles à exécuter, surtout dans un grand pays (1). » On peut ainsi juger de ses progrès par l'étendue de la résistance dont sur un point particulier l'idée de l'intérêt de l'enfant envisagé comme supérieur aux droits de l'autorité paternelle, a fini par triompher.

C'est donc cet intérêt qui doit être considéré aujourd'hui comme étant l'idée dominante de la puissance paternelle et par suite au cas de conflit, c'est dans sa satisfaction qu'il faudra chercher la solution du débat. Or, ainsi qu'il a été déjà dit souvent, l'intérêt de l'enfant se trouve écrit dans sa loi personnelle. Loin que la puissance paternelle soit d'ordre public international, au cas où le chef de famille et l'enfant sont de nationalité différente, c'est à la loi de ce dernier qu'il appartiendra d'en régler l'exercice.

Dans les espèces que j'ai ci-dessus rapportées, il y aurait donc eu lieu de se référer uniquement aux prescriptions de la loi autrichienne, laquelle dispose que si le père n'a pas nommé de tuteur ou en a nommé un incapable, la tutelle doit être déférée d'abord à l'aïeul paternel et ensuite à la mère. — Article 198 Code civil.

La mère n'en aurait pas moins conservé la puissance paternelle, mais telle qu'elle est régie par la même loi. Il est vrai que dans ce cas la tutelle et la puissance paternelle se trouveraient dans des mains différentes, mais cette dualité pour fâcheuse qu'elle soit ne saurait faire obstacle à l'application des principes.

(1) Mémoires, t. III, p. 61-62.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA CONSTITUTION DE LA TUTELLE.

En se conformant à la règle générale ci-dessus posée, c'est à la loi nationale de l'incapable qu'il faudra tout d'abord demander s'il se trouve dans les conditions requises pour être placé en tutelle. D'après le droit français, ces conditions sont les suivantes :

Le mineur doit être âgé de moins de 21 ans accomplis (388 Code Civil).

Il suffit qu'il ait perdu l'un de ses auteurs (390 Code Civil).

Sur ces deux points, les exigences des législations étrangères ne sont pas toujours semblables à celles du Code Civil.

Ainsi la majorité est fixée aux Pays-Bas à 23 ans, en Suisse à 20 ans, en Autriche-Hongrie à 24 ans (1) dans la République Argentine à 22 ans, enfin en Espagne, en Portugal, au Mexique, en Danemark et en Norwège, elle est reculée au terme de la vingt-cinquième année.

De même, la tutelle s'ouvre en Autriche et en Hongrie au décès du père seul, et aux termes du Code Civil Italien

(1) En Suisse, le mariage rend majeur l'individu de l'un et l'autre sexe qui le contracte avant l'âge fixé pour la majorité. En Hongrie, ce privilège est réservé aux femmes.

et de la loi espagnole de 1870, elle ne prend naissance qu'au décès du survivant des père et mère.

Ces dispositions contradictoires sont la source de nombreuses difficultés qu'il faudra résoudre, comme je viens de le dire, en tenant compte uniquement des règles établies par la loi nationale de l'individu soumis aux mesures de protection. La Cour de Bruxelles a consacré cette solution par un arrêt du 29 juillet 1865, rendu dans des circonstances particulièrement intéressantes (1).

Cela suppose du reste que la nationalité de l'incapable ne présente aucune incertitude ; car pour le cas où il serait revendiqué comme sujet par deux États, on se trouverait en présence d'un de ces conflits trop fréquents, dont à l'occasion d'une affaire récente soumise au tribunal de la Seine, le ministère public disait une fois de plus que dans l'état actuel du Droit International, ils ne comportent aucune solution possible (2).

Il résulte de l'article 406 du Code Civil que la tutelle doit être constituée par les soins du Juge de paix du lieu où est domicilié le mineur lorsque se produit l'événement

(1) A la suite du décès de sa femme, belge d'origine, décès survenu en Belgique, un sujet espagnol avait pris la qualité de tuteur légal de sa fille mineure, et fait organiser la tutelle de cette dernière conformément à la loi de ce pays. Plus tard, il demanda au Tribunal de Bruxelles de déclarer que sa fille ne pouvait régulièrement rester en tutelle, la loi espagnole n'autorisant celle-ci qu'au décès du survivant des père et mère. Le tribunal refusa d'admettre sa prétention en se basant sur ce motif qu'il s'était lui-même soumis volontairement aux exigences de la loi belge ; mais la Cour y fit droit aux termes de l'arrêt précité. En effet, les lois qui intéressent l'état des personnes sont d'ordre public et le demandeur n'avait pu valablement renoncer au bénéfice de la loi espagnole dont l'autorité s'imposait dans la circonstance, puisque la mineure et son père lui-même étaient de nationalité espagnole. Ce dernier recouvra donc l'administration de la personne et des biens de sa fille en vertu de la seule puissance paternelle.

(2) Aff. de Menabrea. — Min. pub. M. Lombard.

qui lui donne ouverture. C'est dans ce lieu qu'elle a son siège et qu'elle le conserve jusqu'à son expiration, malgré les changements et modifications qui peuvent se produire par la suite dans son personnel.

L'application de ce principe ne pourrait évidemment avoir lieu en Droit International, qu'autant que la loi qui commande sur le territoire où est domicilié le mineur, aurait organisé la protection des incapables d'une manière conforme à sa loi nationale. Mais la diversité des législations rendra le plus souvent cette application impossible. Comment en effet songer à créer une tutelle française dans un pays où le droit de la famille à y intervenir n'est pas reconnu, ou n'est reconnu qu'en partie, ainsi que cela a lieu dans certains cantons Suisses et en Prusse (1) ? Il faut donc admettre que l'adoption de la loi nationale comme loi directrice de la tutelle entraîne l'obligation d'en reporter le siège dans la patrie de l'incapable.

(1) Code civil du canton de Zurich : art. 733 « Tous les tuteurs et curateurs officiels sont nommés au nom de l'État par les autorités tutélaires » Art. 734 « La haute tutelle est exercée en première instance par la municipalité de la commune politique dont la personne en tutelle est bourgeoise, en deuxième instance par le Conseil de district auquel ressortit cette commune, en troisième instance, par le Conseil exécutif, soit la Direction de Justice. » Art. 819 « La tutelle ordinaire de l'autorité peut être exceptionnellement remplacée par une tutelle de famille : 1° Lorsque des raisons particulières justifient une exception dans l'intérêt même des pupilles. 2° Lorsque les parents qui offrent leur garantie et le tuteur proposé soit par eux, soit par le père défunt, méritent par leur honorabilité, leurs lumières et la situation de fortune, la confiance absolue des autorités tutélaires.

Voir aussi M. Lehr : Eléments de Droit civil germanique nos 1301 et suivants. La tutelle relève en principe de l'autorité publique. En Prusse le tribunal tutélaire se compose d'un juge unique; à l'étranger les attributions de ce tribunal sont exercées par le consul allemand. Le conseil de famille dont l'institution a été admise par la loi prussienne de 1875 est facultatif, comme dans le canton de Zurich.

Ici se présente alors une question assez délicate. Dans quel endroit déterminé de la patrie, ce siège devra-t-il être établi ? On décide généralement qu'il faudra choisir le lieu où les parents du mineur ont eu leur dernier domicile avant de s'établir sur le territoire étranger. Toutefois cette règle ne s'impose pas d'une façon absolue. On devra examiner en fait si l'intérêt du mineur n'exige pas qu'il y soit dérogé et se conformer à la solution que cet intérêt exigera. Ainsi on pourrait réunir le conseil de famille au lieu du domicile de ses principaux membres (1).

Malgré ce tempérament, il est cependant certain que la fixation du siège de la tutelle dans la patrie du mineur, ne sera pas conforme aux véritables besoins de ce dernier quand c'est sur le territoire étranger, au lieu de son domicile, que se trouvera le centre de ses affaires, ce qui arrivera le plus souvent. Dans ce cas, l'application de la loi nationale aurait pour résultat de créer une situation des plus préjudiciables à l'incapable, s'il n'existait aucun moyen de faire ouvrir la tutelle là où son intérêt commande qu'elle soit constituée pour lui procurer une protection prompte et efficace.

Ce moyen existe. Les États ne pouvant demeurer indifférents à la destinée de leurs sujets établis à l'étranger, considèrent comme une obligation de les suivre de leur sollicitude et de leur protection tant qu'eux-mêmes n'ont pas brisé définitivement le lien qui les unit à la patrie. Dans ce but ils entretiennent les uns chez les autres des établissements consulaires.

Parmi les attributions diverses dont ils sont chargés, les consuls remplissent déjà vis-à-vis des nationaux de

(1) Voir infrà, page 201.

l'État qu'ils représentent, le rôle d'officiers de l'État civil et de notaires ; dès lors, la pensée se présentait naturellement d'augmenter leurs pouvoirs de juridiction gracieuse, et de leur confier le soin de pourvoir aux mesures de protection prescrites dans l'intérêt de ces mêmes nationaux, mineurs ou d'une façon générale incapables.

Mais lorsqu'ils voulurent faire entrer dans leur pratique habituelle cette extension de leur compétence, ils rencontrèrent dans divers pays une vive résistance de la part des autorités locales qui se retranchèrent derrière les exigences du principe de souveraineté, pour s'opposer à l'exercice de ces pouvoirs nouveaux. Devant l'impossibilité de passer outre à cet obstacle, l'abandon de la compétence consulaire en matière de tutelle s'imposait, à moins qu'elle ne fût reconnue par les États eux-mêmes sur le territoire desquels elle était appelée à se produire, but qui ne pouvait être atteint que par des accords internationaux.

La France a pour sa part conclu plusieurs conventions de cette nature, notamment :

Avec l'Espagne (traité du 2 janvier 1862, article 20,7°)

Avec l'Italie (traité du 28 juillet 1862, article 9, 7°).

Avec le Portugal (traité du 11 juillet 1866, article 8, 7°).

Avec la Grèce (traité du 7 janvier 1876, article 15, 1°).

Avec le San Salvador (traité du 5 juin 1878, article 15, 1°).

Avec la République Dominicaine (traité du 25 octobre 1882, article 15).

Avec le Mexique (traité du 27 novembre 1886, article 27).

Quelques uns de ces traités stipulent formellement que les « consuls seront chargés d'organiser la tutelle et la

curatelle conformément à la loi respective des deux pays » (traités avec l'Espagne, l'Italie et le Portugal).

Les autres tout en admettant les consuls à organiser la tutelle des enfants mineurs laissés par leurs nationaux ne s'expliquent pas sur la loi qui devra être observée, mais il ne saurait y avoir doute sur ce point. Les consuls ne peuvent que faire aux sujets de l'État qu'ils représentent l'application de la loi de cet État (1).

Il faut du reste remarquer que leurs attributions sont limitées à la constitution de la tutelle, et, au cours de cette dernière, aux mesures ayant pour fin de la maintenir régulièrement constituée, ce qui implique le droit de pourvoir au remplacement de ceux de ses membres qui viendraient à disparaître. C'est ainsi que la Cour de Cassation a jugé qu'il n'appartenait pas à un conseil de famille réuni par un juge de paix français de choisir à un mineur espagnol un remplaçant au tuteur primitif nommé par le consul espagnol, et que ce soin incombait à ce dernier (2).

Comme on peut le voir les pays avec lesquels il n'existe pas de conventions relatives à la protection des incapables sont encore les plus nombreux.

Afin d'éclaircir ces quelques données générales, je vais examiner les hypothèses suivantes, où elles sont appelées à recevoir leur application.

I. *La tutelle d'un mineur s'ouvre dans un pays qui a adopté pour la protection des incapables, un système conforme à celui consacré par la loi nationale du mineur.*

Ainsi que je l'ai déjà fait observer, il n'y a aucun inconvénient à suivre ici la règle d'après laquelle la tutelle

(1) Voir sur ce point, Durand Essai de D. I. P. 1884, p 518 nº CCLI.

(2) J. D. I. P. 1878, p. 508. Cass. 19 juin 1878.

s'ouvre au lieu où le mineur est domicilié. Ainsi supposant un mineur français domicilié en Belgique, son conseil de famille pourrait y être réuni, et le soin de le présider laissé aux autorités belges. Il serait même indifférent qu'il y eût quelques divergences de détail dans les dispositions qui réglementent l'organisation de la tutelle dans chacun des deux pays ; il suffit que les principes essentiels soient identiques (1).

Dans ce cas la fixation du siège de la tutelle restera subordonnée à l'intérêt du mineur et si cet intérêt exigeait qu'il fût fait choix d'un lieu situé dans sa patrie, il faudrait s'y conformer. Sur le point de savoir quel devrait être ce lieu de préférence, je ne puis que me reporter à ce que j'ai dit plus haut.

11. — *La tutelle d'un mineur s'ouvre dans un pays qui a adopté pour la protection des incapables un système différent de celui consacré par la loi du pays auquel appartient le mineur.*

a. — Il existe un traité entre les deux nations.

J'ai déjà mentionné les conventions conclues par la France avec certains pays et qui renferment des clauses relatives à la tutelle des mineurs. En vertu de ces dispositions comme je l'ai dit, c'est au consul de chaque nation qu'il appartient à l'exclusion de l'autorité locale, d'organiser les mesures de protection nécessaires en se conformant à la loi de cette nation, quand il s'agit d'un de ses ressortissants et lorsque la tutelle ne pourra pas être constituée dans la patrie.

A ces pays il convient d'assimiler ceux régis par les capitulations et ceux situés dans l'Extrême-Orient.

(1) J. D. I. P. 1879, p. 165, n° 18.

On sait que dans les États Musulmans nos nationaux jouissent d'immunités spéciales qui résultent de concessions consenties à diverses reprises par la Porte Ottomane aux termes des capitulations, dont la dernière, celle de 1740, confirmée dans le traité de commerce franco-turc de 1861, est envisagée comme perpétuelle. Par l'effet de l'une de ces immunités, ils restent soumis à la juridiction de leurs consuls, juridiction qui s'exerce non seulement en matière gracieuse, mais encore en matière contentieuse. A plus forte raison le droit de ces fonctionnaires à procéder le cas échéant à la constitution de la tutelle des mineurs français n'a-t-il jamais été contesté. « En matière « de tutelle et de successions, disent MM. de Clercq et « Vallat, les consuls établis dans les pays musulmans « jouissent de la plénitude des droits attribués en France « aux juges de paix pour l'apposition et la levée des scel- « lés, la convocation du conseil de famille, l'organisation « de la tutelle des mineurs français ». Ils exercent bien entendu ces attributions en se conformant à leur législation, comme s'ils instrumentaient sur le sol français lui-même. Ainsi qu'on l'a fait remarquer, il y a là une sorte de privilège d'exterritorialité.

En vertu de conventions plus récentes, le même état de choses a été consacré dans divers pays d'Extrême-Orient, notamment en Chine, (traité du 24 octobre 1844) ; au Japon (Traité du 9 octobre 1858) ; à Mascate (traité du 17 novembre 1844) ; en Perse, (traité du 12 juillet 1855), dans le royaume de Siam, (traité du 19 novembre 1885), à Madagascar, (traité du 17 novembre 1885), au Cambodge (traité du 17 juin 1883).

L'Égypte était aussi soumise au régime des capitulations, régime dont le maintien avait été stipulé par la

Porte, lorsqu'elle fût concédée en 1841, à Mehemet Ali à titre héréditaire. La réforme judiciaire de 1875 est venue y mettre un terme et elle a été agréée par la France aux termes de la loi des 17 et 25 décembre 1875 qui décida : « Le gouvernement est autorisé à restreindre provisoire-« ment et sous les conditions déterminées par les trois « documents annexés à la présente loi et pour une période « qui ne pourra excéder cinq années, la juridiction exer-« cée par les consuls français en Égypte ». Cette période de 5 ans a été prorogée pour la seconde fois à compter du 1er février 1889 (1).

Malgré cela, la situation de nos nationaux en Égypte est demeurée la même qu'avant la réforme de 1875 en ce qui concerne la protection des incapables. En effet, les questions de statut personnel qui les intéressent ont été formellement réservées à la compétence de leur juridiction d'origine ; c'est donc aux consuls qu'il appartient à l'exclusion des autorités locales de prendre toutes les mesures nécessaires à l'organisation de la tutelle des mineurs français.

Je dirai aussi un mot du traité franco-suisse de 1869 dans lequel on rencontre la disposition suivante :

« La tutelle des mineurs et interdits français, résidant « en Suisse sera régie par la loi française et réciproque-« ment la tutelle des mineurs et interdits suisses résidant « en France sera régie par la législation de leur canton « d'origine. En conséquence les contestations auxquelles « l'établissement de la tutelle et l'administration de leur « fortune pourront donner lieu, seront portées devant l'au-« torité compétente de leur pays d'origine, sans préjudice

(1) Elle vient d'être de nouveau prorogée en vertu d'une loi du 31 janvier 1894.

« toutefois des lois qui régissent les immeubles et des me-
« sures conservatoires que les juges du lieu de la résí-
« dence peuvent ordonner ». Des dissentiments se sont élévés sur la portée de cette clause qui ne s'explique pas formellement sur le point de savoir quelles sont les autorités qui devront procéder à la constitution de la tutelle. Le conseil Fédéral Suisse, saisi d'un différend qui avait surgi à ce sujet entre un juge de paix français et les magistrats de Genève, a décidé conformément à l'avis du premier, que l'article 10 précité du traité de 1869 attribuant compétence exclusive à l'autorité du pays des mineurs, c'était à cette autorité qu'il était réservé de remplir cette mission. Cette manière de voir est généralement condamnée. « Toute controverse suivant nous, dit M. Despagnet, « doit être écartée par cette considération que la tutelle « doit être organisée d'après la loi du mineur et que cette « loi décide, soit en France, soit en Suisse, que la tutelle « s'ouvre au domicile du mineur. Les autorités françaises « sont donc compétentes pour organiser la tutelle d'un « Suisse domicilié en France, d'après sa loi nationale et « réciproquement » (1).

b. — Il n'existe pas de traité entre les deux nations.

Si l'on s'en tenait à la rigueur des principes, il faudrait dans tous les cas qui peuvent se présenter laisser aux autorités du pays d'origine le soin de la constitution de la tutelle. Mais en fait, ce formalisme aurait souvent pour résultat de livrer l'incapable à un abandon complet, par suite de l'ignorance de sa situation où seraient laissés les magistrats de sa nation. En mettant les choses au mieux, en supposant que les diligences nécessaires seraient faites

(1) Précis de Droit International Privé, p. 472.

pour les avertir, combien de temps ne pourrait-il pas s'écouler entre l'événement qui a rendu nécessaire les mesures de protection et le moment où la tutelle pourrait être organisée? Et en admettant que cette dernière soit régulièrement constituée, jusqu'à l'instant où le tuteur pourrait prendre efficacement en mains les intérêts de son pupille ?

Aussi faut-il appliquer ici en guise de correctif cet autre principe que la protection des incapables touche à l'ordre public, et par suite conférer aux autorités du lieu du domicile le droit de prendre les mesures les plus urgentes en vue d'assurer la conservation du patrimoine de l'incapable. Elles devront donc apposer les scellés et organiser une tutelle, faire procéder à l'inventaire et au dépôt des valeurs, le tout conformément à la loi dont elles relèvent elles-mêmes. Toutefois comme il ne faudrait pas que sous prétexte d'humanité, cette intervention aboutit à une mainmise constante sur les mineurs étrangers, il y a lieu de ne l'accepter qu'à des conditions très nettement déterminées. Ainsi il faudra pour qu'elle se produise régulièrement qu'il ne se présente aucun tuteur légal ni testamentaire et qu'il y ait, soit une inaction complète de la part des autorités du pays d'origine, soit nécessité pour le mineur d'être pourvu d'un représentant légal. De plus, en ce qui concerne les conditions requises pour qu'il soit mis en tutelle, il faudra observer strictement les prescriptions de la loi nationale de l'incapable. Ainsi en France, un mineur autrichien devrait jusqu'à l'âge de 24 ans, être l'objet de la sollicitude de nos magistrats et au cas où il viendrait à perdre sa mère, le père survivant, ceux-ci n'auraient pas à s'occuper de lui, puisque d'après la loi autrichienne, la tutelle ne s'ouvre qu'au décès du père seul.

Cette pratique est suivie par les juges de paix français

qui n'hésitent jamais à prendre d'office en mains la protection des mineurs étrangers, toutes les fois que la situation leur paraît commmander leur intervention et elle est approuvée par tous les auteurs.

Qu'adviendra-t-il de la tutelle ainsi constituée ?

Il est très possible que, soit parce qu'elles n'ont pas été prévenues, soit parce qu'elles ne jugent pas utile d'agir, le mineur n'ayant conservé dans son pays aucune relation de famille ni aucun intérêt, les autorités de ce pays persistent dans leur abstention ; la tutelle suivra alors son cours régulier et l'état de fait se transformera fatalement en une situation juridique.

Si au contraire dûment avisés, les magistrats du pays d'origine créent une administration tutélaire en se conformant aux règles de la loi nationale, la tutelle organisée au lieu du domicile devra prendre fin de plein droit, puisque sa seule raison d'être consiste dans l'absence d'une protection régulière pour le mineur et que cette raison a cessé d'exister. La personne qui la régit n'aurait plus qu'à rendre ses comptes au tuteur nouvellement investi en vertu de la législation de la patrie, et à lui remettre sans tarder la fortune du protégé (1).

Au lieu d'être domicilié sur le sol français, le mineur étranger peut s'y trouver simplement en résidence et y

(1) Tribunal Seine 6 août 1885. « Il y a lieu de rendre exécutoire « en France la décision étrangère qui a procédé à l'organisation dé- « finitive de la tutelle et d'obliger le tuteur français dont les fonctions « n'ont pu avoir qu'un caractère temporaire, à céder la place au tuteur « étranger et à lui rendre compte de la gestion ».

Ces sentences sont susceptibles « *d'exequatur* » comme comportant des mesures d'exécution contre des tiers. J. D. I. P. 683 et s., 1885. — Cour d'appel de Bruxelles 5 juin 1891. J. D. I. P. p. 752. 1892. « La tutelle établie en Belgique, dit la Cour, quand l'autre existe, viole la loi belge qui respecte le statut personnel des étrangers ».

posséder cependant des intérêts qui pourraient être compromis, s'il n'était pas pourvu à leur conservation. En pareil cas, il faut distinguer si le domicile du mineur est connu ou non.

S'il est inconnu, il est évident qu'il y aura alors d'autant plus lieu d'agir pour les autorités françaises, que l'abandon de l'incapable est exposé à se prolonger plus longtemps. Ici, l'organisation d'une administration provisoire s'impose d'une façon presque absolue (1).

Si au contraire le domicile est connu et est d'ailleurs situé dans la patrie de l'incapable, une réserve plus grande sera observée par les magistrats français. Leur devoir consistera alors surtout à faire le nécessaire pour informer de la situation de celui-ci les autorités compétentes pour lui porter assistance ; et ce n'est qu'au cas où ces démarches seraient sans résultat ou encore s'il devenait urgent de sauvegarder les intérêts de l'incapable qu'ils devraient recourir aux mesures de protection habituelles, M. Loiseau suppose le cas où une revendication serait dirigée contre un ou plusieurs immeubles appartenant à ce dernier.

(1) Un étranger haïtien errant sans domicile connu à l'écart des siens, sa femme vint à décéder laissant des enfants mineurs issus de leur union. Un tuteur leur fût désigné par un conseil de famille réuni à Paris. Le père étant rentré en France, attaqua la nomination du tuteur, comme faite irrégulièrement, attendu que la loi haïtienne lui accordait de droit la tutelle de ses enfants. — Par un jugement du 10 avril 1877 le Tribunal de la Seine le débouta de sa demande. — J.D.I.P. 1878 p.275.

Cette décision n'est évidemment pas conforme aux principes et elle est en contradiction avec l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 29 juillet 1865 précité : on peut toutefois la justifier en dehors même de toute considération morale en disant que le Tribunal ayant constaté en fait l'indignité du père, il eut été contraire à l'ordre public de lui restituer l'administration de la personne et des biens de ses enfants.

Dans une hypothèse ci-dessus prévue, il est possible que le consul auquel revient le soin de créer la tutelle de son national ne remplisse pas cette mission pour un motif quelconque, et que les autorités de la patrie du mineur imitent cette indifférence. L'attitude de nos juges de paix devra être identique à celle qu'ils ont à tenir lorsqu'il s'agit d'un mineur simplement résidant et dont le domicile est connu.

On peut même prévoir un cas où la création d'une tutelle provisoire devrait avoir lieu, alors que le mineur ne se trouve pas dans les conditions requises par sa propre loi pour y être soumis. Ainsi un mineur autrichien perd sa mère sur le territoire français et son père ne peut ou ne veut s'occuper de lui. S'il est pourvu d'un patrimoine sur ce territoire, le laissera-t-on isolé et sans défense contre les manœuvres qui pourraient s'agiter autour de lui, ou même simplement exposé aux conséquences pouvant résulter d'un défaut d'administration de sa fortune ? Evidemment non ; en vertu des lois de police et de sûreté, il faudra le pourvoir d'un représentant légal (1).

En un mot, et d'une façon générale, si nos magistrats doivent rester respectueux du statut personnel des incapables et éviter avec soin d'élever des conflits avec les

(1) M. Chavegrin fait observer toutefois que ce cas se présentera très rarement ; car, dit-il, « d'après la loi autrichienne (art. 176, 178 « civ.), le père qui néglige entièrement l'éducation et l'entretien de ses « enfants, perd la puissance paternelle et elle est d'autre part suspen- « due dans la plupart des hypothèses où le père ne peut pas s'occuper « de ses enfants, notamment dans celle de démence. Or, quand il n'y « a plus de puissance paternelle, la tutelle s'ouvre, de telle sorte que « le plus souvent, le mineur en question pourra d'après sa loi propre, « recevoir un tuteur et qu'on n'aura pas à prendre à son égard de me- » sures exceptionnelles », op. cit. n° 10, note 8.

autorités étrangères quand celles-ci réclameront l'exercice du droit de protection qui leur appartient sur leur nationaux, ils devront aussi les couvrir sans hésitation de l'égide des lois françaises, toutes les fois que l'intérêt de ces mêmes incapables leur paraîtra exiger impérativement cette solution (1).

La promptitude qu'ils mettront à exercer leur ministère pourra être influencée par une circonstance dont je n'ai pas parlé jusqu'ici, et sur laquelle il est nécessaire de s'arrêter. La France a conclu avec quelques pays des conventions basées sur la réciprocité et par lesquelles nos consuls sont autorisés à prendre, relativement aux hérédités laissées dans ces pays par les Français, les mesures nécessaires à en assurer la conservation. C'est ainsi qu'en vertu d'un traité conclu avec l'Autriche le 27 décembre 1866, ils peuvent apposer les scellés, soit d'office, soit à la demande des pays intéressés, en prévenant de cette opération l'autorité locale compétente, qui dans le cas où les

(1) Notre ancienne jurisprudence n'était pas de cet avis. Merlin cite deux arrêts, l'un de la cour souveraine de Nancy (10 juin 1760), l'autre du Parlement de Paris (17 juin 1761) : ils décident que sa qualité d'étranger est, pour un mineur abandonné sur notre sol, un obstacle à ce que le juge du lieu forme un conseil de famille des personnes qui, par pitié ou par amitié, s'offrent à remplir cet office. Merlin critique cette manière de voir, suppose que la question se présente de son temps, et aux considérations morales ajoute ceci : « si cet enfant n'avait pas « rencontré, dans le lieu où sa mère l'a laissé, des personnes qui se « fussent bénévolement chargées de lui, quel eût été son sort ? La loi « du 15 pluviôse an XIII va nous le dire ; admis dans l'hospice de ce « lieu, il aurait été sous la tutelle de la commission administrative de « l'hospice même. Assurément, il ne peut pas être de pire condition « pour être resté à la charge de personnes bienveillantes » (Loiseau op. cit. p. 177).

La Jurisprudence récente est conforme au texte :
Tribunal civil de Lille 12 juin 1884. J. D. I. P. 1885 p. 94.
Tribunal Seine, 6 août 1885. J. D. I. P. 1885, p. 683 et s.

lois du pays le lui prescrivent pourra y assister et apposer également les scellés, former l'inventaire, déposer en lieu sûr les effets et valeurs inventoriés, administrer eux-mêmes ou par une personne qu'ils nommeront sous leur responsabilité la partie mobilière de la succession, et même liquider les successions mobilières.

Ce texte est muet sur la question des tutelles et la Cour de Cassation dans son arrêt du 13 janvier 1873 a jugé qu'on ne pouvait en faire découler implicitement pour les consuls le droit de procéder à leur organisation.

Malgré cette réserve, on comprend que dans le cas où un sujet autrichien viendra à décéder sur notre territoire laissant des enfants mineurs, les autorités françaises devront s'abstenir de toute ingérence directe dans les affaires de la succession, si le consul autrichien revendique l'exercice des droits que lui confère le traité de 1866. En dehors de l'apposition des scellés qui leur reste permise, concurremment avec lui, leur mission se bornera à surveiller les opérations du consul, et comme les mesures conservatoires prises par ce dernier auront pour résultat de mettre provisoirement à l'abri le patrimoine des mineurs, elle pourront attendre pendant un plus long délai que les magistrats de la patrie aient procédé à la constitution de la tutelle ; elles ne prendront elles-mêmes ce soin que lorsqu'il leur sera démontré que ceux-ci se désintéressent de la question, ou s'il devient d'une nécessité absolue de pourvoir sans retard les mineurs d'un représentant légal.

La France est liée par un traité du même genre notamment avec la Russie (1er avril 1874) (1).

(1) On trouvera à la fin de l'Essai de Droit International Privé de M. Durand (1884) le texte des traités et conventions conclus par la

C'est donc en fin de compte à l'esprit de sagesse et de décision de nos magistrat qu'il est réservé d'apprécier dans quelles justes limites il convient d'appliquer la règle ainsi formulée d'une manière concise par MM. Aubry et Rau: « Le mineur étranger qui se trouve en France sans pro- « tecteur légal *peut* et *doit* même, le cas échéant, y être « provisoirement pourvu d'un tuteur, conformément aux « lois françaises (1). »

Parmi les lois étrangères quelques-unes consacrent formellement le devoir de prendre provisoirement les mesures nécessaires à la protection des mineurs étrangers dénués d'assistance. Ainsi la loi hongroise de 1877 s'exprime ainsi: « Il doit être nommé par l'autorité tutélaire hon- « groise, un tuteur provisoire aux enfants mineurs qu'un « étranger peut avoir laissés en Hongrie; cette tutelle « subsiste jusqu'à ce que les autorités nationales du « pupille aient pris d'autres mesures. »

La loi prussienne de 1875 (article 6-2°) et la patente autrichienne du 9 août 1854 paragraphe 183, renferment des dispositions inspirées par un pareil sentiment de justice d'humanité.

Le Tribunal régional supérieur de Dresde a décidé le 12 novembre 1889 que le juge des tutelles pouvait, sur la demande d'un étranger qui a eu dans son ressort son domicile, d'après l'article 21 du Code de procédure civile Allemand, lui nommer un tuteur provisoire chargé de le représenter dans ses intérêts matériels conformément à la loi saxonne du 20 février 1832 (2).

France avec les pays étrangers. — Je ne vois guère à signaler depuis, que le traité du 27 novembre 1886 conclu avec le Mexique.

(1) Aubry et Rau, t. 1 p. 297. — Asser et Rivier. — *Eléments de Droit International Privé*, § 17, n° 59, al. 3.

(2) J. D. I. P. 1892, p. 249.

L'article 770 du Code civil du canton de Zurich dit catégoriquement : « Les autorités tutélaires Zurichoises « sont tenues d'étendre leur haute tutelle sur les personnes « non ressortissantes au canton, mais y demeurant, lors- « que leurs autorités nationales ne s'occupent pas d'elles « et qu'il n'est pas pourvu d'une autre manière à leurs « intérêts. »

Il faut noter aussi l'article 128 de la constitution Belge. « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la « Belgique jouit de la protection accordée aux personnes « et aux biens sauf les exceptions établies par la loi ». La protection des mineurs se trouve évidemment comprise dans cette formule générale et la doctrine et la jurisprudence belge sont d'accord pour confirmer cette manière de voir (1).

La plupart des autres nations, comme la France, n'ont pas inscrit la même règle dans leurs codes mais elles s'en inspirent d'une façon qui paraît constante. En Angleterre, la division de la Chancellerie de la Haute Cour a dans ses attributions de veiller à la protection des mineurs « quelle que soit leur nationalité », qui n'ont pas de gardien légal, et de nommer un gardien de leurs personnes et de leurs biens (2). Il sera donc assez rare que les mineurs français restent absolument abandonnés sur un territoire étranger.

(1) Gustave-Adolphe IV, déchu en 1809 du trône de Suède, vécut successivement en Allemagne, en Suisse, en Russie, en Angleterre et mourut en 1837 à Saint-Gall, laissant un fils mineur. Dans l'impossibilité de lui attribuer un domicile, un tuteur fût nommé à l'enfant par un conseil de famille réuni à Spa, sa dernière résidence, et la Cour de Liège par arrêt du 22 juin 1842, maintint cette nomination par ce motif que l'enfant avait droit à la protection de la loi belge.

(2) Journal D. I. P. 1892, p. 254. Cette mesure, dit le journal, doit être considérée non comme provisoire, mais comme définitive, ce qui est critiquable.

Le fait cependant pourrait se produire si, alors qu'ils n'ont conservé dans leur patrie aucune relation de famille ou d'intérêt, ni aucun domicile connu, les autorités locales refusaient contrairement à la pratique habituelle de porter remède à leur situation. Dans ce cas et en l'absence d'un traité les y autorisant régulièrement, les consuls après avoir constaté le refus des magistrats compétents, pourraient sans crainte d'être désavoués par les tribunaux français, prendre en mains l'administration de la personne et des biens des incapables dont il s'agit, une protection irrégulière restant préférable à l'absence de protection.

Voici comment s'expriment sur ce point MM. de Clercq et Vallat « Lorsque les autorités du pays où nos consuls « résident refusent positivement de pourvoir à la tutelle « des mineurs français, et lorsque ces derniers n'ont en « France ni biens, ni famille, ni domicile connu, nous « nous croyons fondés à établir d'après un avis émané du « ministère de la justice ; (lettres du ministre de la jus- « tice à celui des affaires étrangères, des 11 octobre 1847 « et 27 août 1850) que les consuls, peuvent, malgré le « silence de notre législation à cet égard et vu la protec- « tion à laquelle ont droit tous les mineurs régis par la « loi française, assembler un conseil de famille, le prési- « der et inviter les membres qui le composent à nommer « un tuteur et un subrogé-tuteur, procédant en pareil cas « comme le juge de paix procède en France. »

Les quelques principes dont je viens de faire l'exposé, et qui paraissent fort simples en théorie, peuvent en l'absence d'une réglementation légale soulever dans leur application pratique de nombreux désaccords, soit que les autorités compétentes se refusent à l'envi à prendre l'initiative des mesures nécessaires, ou qu'il y ait même

simplement oubli et négligence de leur part, soit au contraire, ce qui sera plus rare, qu'un zèle trop ardent suscite entre elles des conflits d'attributions insolubles. Les incapables peuvent ainsi selon les circonstances se trouver exposés à un manque ou à un excès de protection également nuisible à leurs intérêts.

Dans le but de mettre un terme à cet état de choses par trop incertain, l'Institut de Droit International a proposé l'adoption des principes suivants :

I. La tutelle des mineurs est régie par la loi nationale.

Cette loi détermine l'ouverture de la fin de la tutelle, son mode de délation, d'organisation et de contrôle, les attributions et la compétence du tuteur.

II. Lorsque le mineur n'ayant conservé dans son pays d'origine aucun domicile, et n'étant plus rattaché à lui par aucun lien de droit attributif de compétence, il est impossible de constituer la tutelle dans ledit pays ou lorsque la tutelle pouvant être constituée dans ce pays, le mineur possède dans celui où il réside des biens à l'administration desquels, vu la distance, le tuteur ordinaire ne peut pas pourvoir et qui exigent la nomination d'un protecteur distinct, l'agent diplomatique ou consulaire de sa nation dans la circonscription duquel la tutelle s'est ouverte de fait, exerce les attributions conférées par la loi nationale aux autorités tutélaires de la métropole, et pourvoit à l'organisation de la tutelle (ou de la protutelle) conformément à ladite loi.

La compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière de tutelles se trouverait ainsi consacrée par un texte formel et général.

Dans le commentaire dont il accompagne l'exposé des

Principes (1), M. Lehr fait l'observation suivante : « Il est « quelques pays où il sera rarement nécessaire de recourir « à leur ministère, ce sont ceux où il existe entre une « localité et un individu un lien perpétuel et héréditaire, « indépendant du fait de la résidence, et qu'une renon- « ciation en bonne forme peut seule rompre ; tel est le « cas, par exemple en Suisse du droit de bourgeoisie « (heimat) qui rattache indéfiniment le bourgeois à la « commune dont il est ressortissant, et qui en matière de « tutelle, est attributif de juridiction et de compétence. « Dans ces pays là les autorités de la commune d'origine « pourront d'autant mieux pourvoir à la tutelle, à la « décharge du consul, que les familles n'y ont à peu près « aucune part d'intervention et que le tuteur relève, non « de la famille ou de la loi, mais directement des corps « judiciaires ou administratifs qui l'ont nommé. »

Toutefois si le mineur qui n'a plus personnellement aucun domicile attributif de compétence dans son pays y possède des parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, la tutelle est réputée s'ouvrir au domicile du parent ou de l'allié, le plus proche, le parent ayant le pas sur l'allié, à égalité de degré.

« Le cas, dit M. Lehr, s'est présenté pour des Alsaciens- « Lorrains privés par l'annexion de leur pays natal de leur « domicile antérieur et ayant émigré non pas en France, « où ils s'en seraient constitué un nouveau, mais à l'étran- « ger. Personnellement les mineurs n'avaient plus aucun « lien légal avec aucune localité française ou si leur auteur « s'était créé par une déclaration ou autrement un domi- « cile politique, ce domicile était purement fictif, puisqu'il

(1) Revue de D. I. 1889.

« n'avait été accompagné d'aucune résidence effective et « habituelle. Ils y étaient inconnus, n'y avaient ni parents « ni amis etc. Mais il se peut qu'il y ait un moyen de « satisfaire mieux encore à l'esprit de la loi et aux vrais « intérêts des mineurs. Ce moyen se présente quand il « existe dans une localité avec laquelle les mineurs « n'ont personnellement aucun lien de proches parents « ou alliés. Nous estimons que dans cette hypothèse, il « faut obéir à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi, orga- « niser la tutelle non pas là ou se trouvent les mineurs à « protéger, mais là où se trouvent leurs protecteurs natu- « rels. — Cette interprétation intelligente a été donnée « à la loi plus d'une fois en France dans les dix-huit der- « nières années : l'autorité judiciaire a autorisé des juges « de paix à convoquer et à présider le conseil de famille « dans des localités où les mineurs ou leurs auteurs n'a- « vaient jamais été domiciliés, mais où se trouvaient « réunis les parents appelés par leur proximité à compo- « ser le conseil dans les termes prévus par le Code civil. « Il n'y a pas d'inconvénient, ce nous semble à généraliser « cette pratique, l'intérêt des mineurs devant être en « matière de tutelle, la loi suprême. »

III. — *A défaut d'agent diplomatique ou consulaire du pays auquel ressortit le mineur ou si, vu les circonstances, cet agent est hors d'état d'organiser la tutelle, conformément à la loi de son pays, la tutelle est organisée conformément à la loi du domicile par les soins des autorités tutélaires du lieu.*

Elle s'ouvre d'apres les dispositions de ladite loi, nonobstant celles de la loi nationale.

Cette dernière disposition est en contradiction avec les idées que j'ai cru devoir adopter d'après presque tous les

auteurs qui se sont occupés de la matière, et elle constitue certainement une *inelegantia juris*. Elle a pour excuse une nécessité pratique. « On ne peut, dit M. Lehr, impo-« ser aux autorités du lieu vis-à-vis des mineurs étran-« gers, plus d'obligations et de précautions que leur loi « ne leur en impose vis-à-vis des mineurs du pays » (1).

Mais elle (la tutelle) *prend fin à l'époque et pour les causes prévues par la loi nationale.*

Les personnes à qui la loi nationale confère la tutelle légale sont admises à l'exercer, encore que la lex loci ne reconnaisse pas ce droit aux indigènes.

IV. — *La tutelle organisée conformément aux dispositions qui précèdent est réputée dans ces deux pays, régulièrement organisée, à l'exclusion de toute autre.*

V. — *En attendant l'organisation régulière de la tutelle et pour les actes d'administration urgents, les pouvoirs du tuteur sont dévolus à l'agent diplomatique ou consulaire et à son défaut aux autorités tutélaires locales.*

L'Institut a fait suivre cet exposé de principes généraux d'un projet de réglementation destiné à en assurer l'exécution. On trouvera à la fin de cette étude, la teneur de ce projet.

Des personnes appelées à la gestion ou au contrôle de la tutelle.

D'après le Code Civil, le personnel de la tutelle comprend outre le tuteur :

(1) Il est du reste à remarquer que le fait prévu ne sera pas très fréquent puisqu'il suppose d'abord que les autorités du pays d'origine ne peuvent ou ne veulent s'occuper du mineur, et d'autre part qu'il n'existe pas d'agent diplomatique ou consulaire représentant ce pays sur le territoire où se trouve l'incapable ou que cet agent est hors d'état d'organiser la tutelle.

Un subrogé-tuteur toujours nommé par le conseil de famille dont la mission consiste à agir pour les intérêts du mineur quand ils seront en opposition avec ceux du tuteur (420 Code Civil), et à surveiller l'administration de ce dernier.

Et un conseil de famille composé en principe, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, et à défaut de parents ou alliés se trouvant dans cette distance de personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié habituelles avec le père et la mère du mineur.

La qualité de tuteur est déférée ou par la loi elle-même qui en investit alors le survivant des père et mère (390 Code Civil), et quelquefois les ascendants du mineur (402, 403 et 404 Code Civil) ; ou par le survivant des père et mère (397 Code Civil), ou enfin par le conseil de famille quand il ne se présente aucun tuteur légitime ni testamentaire.

Les fonctions de tuteur, subrogé tuteur et membre d'un conseil de famille sont obligatoires, sous réserve toutefois des cas d'incapacité et des motifs d'excuse prévus et énumérés par le Code.

Si les personnes que la loi appelle à faire partie du personnel tutélaire sont toutes françaises comme le mineur lui-même, il ne s'élevera naturellement aucun doute sur l'application des règles tracées dans le Code Civil ; mais à la suite d'annexions, de naturalisations et de mariages, il en sera quelquefois autrement et dans ce cas, de nouvelles difficultés pourront s'élever soit en ce qui concerne le mode par lequel la délation de la tutelle sera régulièrement effec-

tuée, soit au point de vue des qualités qui devront être exigées chez la personne que sa situation désigne pour cette charge, ou encore des excuses qu'elle-même sera autorisée à faire valoir pour s'y soustraire.

a. — Toujours d'après les principes généraux, c'est la loi nationale du mineur qu'il faudra consulter pour savoir comment la tutelle sera déférée. C'est elle qui dira s'il y a lieu à une tutelle légale et quelles sont les personnes qui doivent y être appelées, ou si au contraire la tutelle testamentaire ou dative doit être préférée.

Ainsi en Prusse, le droit de donner à ses enfants un tuteur testamentaire appartient au père qui notamment avait sur eux la puissance paternelle au moment de son décès (1), tandis que d'après l'article 397 du Code Civil français, ce droit n'appartient qu'au survivant des père et mère. Par suite, supposant un mineur français dont le père a acquis la nationalité prussienne, et que ce dernier ait usé de la faculté que lui reconnaît sa nouvelle législation, alors que la mère existe encore, faudra-t-il donner effet à la volonté du père? Evidemment, non; en effet, ayant adopté comme loi directrice de la tutelle la loi nationale du mineur, c'est sur ce point spécial à son commandement que je donnerai la préférence sans tenir compte de la loi du père. La tutelle légale s'ouvrira donc et la mère survivante en sera investie conformément à l'article 390 du Code Civil (2).

(1) Lehr. *Traité élémentaire de Droit civil germanique*, n° 1315.

(2) J'ai cité plus haut d'après la Jurisprudence, deux cas où la situation inverse s'est présentée. Il s'agissait dans l'un et l'autre d'un mineur autrichien ayant perdu son père, et dont la mère redevenue française prétendait à la tutelle légale, tandis que le Code civil Autrichien ne lui reconnaît pas cette vocation. Les Tribunaux français, on a vu par quels motifs, ont consacré une solution tout opposée à celle que je viens de donner, et fait prévaloir l'application de la loi française sur celle de la loi du mineur.

Tous les autres conflits susceptibles de se produire au sujet de la délation de la tutelle devront être également résolus en examinant, quel est sur le point qui leur a donné naissance, la prescription de la loi du mineur et en se conformant à cette prescription, soit qu'elle consacre une disposition qui n'existe pas dans la législation étrangère avec laquelle elle se trouve en opposition, soit qu'elle ne reconnaisse pas le droit écrit dans cette dernière dont il a été fait usage. Il est cependant bien entendu que la loi de la tutelle ne pourra jamais faire prévaloir ses injonctions sur celles de l'ordre public, tel qu'il est compris dans le pays où elle est appelée momentanément à exercer son autorité.

J'ai déjà fait dans le chapitre précédent, l'examen des difficultés qui peuvent se présenter concernant la constitution de la tutelle dative, lorsqu'il y a lieu d'y recourir. Je ne reviendrai donc pas sur ce sujet.

b. — On décide généralement aussi que c'est à la loi nationale du mineur qu'on devra demander si la personne appelée à une fonction tutélaire réunit bien les qualités nécessaires en vue de l'exercice de cette fonction. Un motif sérieux de douter existe pourtant ici ; on pourrait objecter que la question de savoir si telle personne est apte ou non a être investie de la qualité de tuteur, doit être appréciée d'après la loi qui régit sa capacité d'une façon générale, c'est-à-dire d'après son statut personnel, puisqu'il s'agit en somme de faire une épreuve particulière de cette capacité ; on pourrait par suite prétendre que la loi dont il s'agit ne doit pas être prise moins en considération que la loi de la tutelle, et qu'il faut l'appliquer cumulativement avec celle-ci. Mais, répond M. Chavegrin, c'est la loi de la tutelle « qui marque les pouvoirs du tuteur, du subrogé « tuteur... et dès lors c'est elle aussi qui doit marquer le

« degré d'intelligence exigé en vue de les exercer. Selon « que cette loi laisse au tuteur une plus ou moins grande « liberté d'action, elle lui demande naturellement plus ou « moins de valeur personnelle, et ainsi le choix de la per- « sonne apparaît intimement lié à la manière dont les « fonctions sont définies : la même loi doit intervenir de « part et d'autre. A vrai dire, il ne s'agit pas ici d'une « question de capacité proprement dite, rentrant dans le « statut personnel de l'intéressé, mais de la détermination « des qualités nécessaires pour remplir certains devoirs. « Ce raisonnement s'applique non seulement aux causes « d'incapacité, mais encore à celles d'exclusion et de des- « titution. La loi qui trace la mission du tuteur, du su- « brogé tuteur... est seule compétente pour déterminer les « garanties morales que chacun d'eux doit présenter et « qui varient selon la nature de cette mission, selon le « contrôle tantôt rigoureux, tantôt sévère auquel le per- « sonnel de la tutelle est assujetti : on demande plus de « probité si on établit moins de surveillance. En un mot, « la loi qui régit la tutelle (généralement celle du pu- « pille), règle seule les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution qui concernent le tuteur » (1).

Ce raisonnement est irréprochable : je serais cependant très porté quand même à faire des réserves sur l'application exclusive de la loi du mineur, en ce qui concerne les causes d'exclusion et de destitution qui sont basées sur un amoindrissement de la personnalité morale du tuteur. Il me semble que l'intérêt de l'incapable est que ces causes soient aussi multipliées que possible et que dans cet intérêt même, il y aurait lieu de tenir compte de la loi de la

(1) Chavegrin. — op. cit nº 15-1º.

personne désignée pour cette qualité ou qui en a déjà été investie, lorsque cette loi est la plus sévère et la plus exigeante (1).

c. — Une question plus délicate est celle des excuses. La théorie des dispenses et des excuses est en effet établie à la fois dans l'intérêt des tuteurs et dans celui des incapables, si elle autorise d'une part certaines personnes fatiguées par l'âge et les infirmités ou déjà absorbées par d'autres soins, à se soustraire à des fonctions souvent fort lourdes et de nature à engager leur responsabilité, d'autre part elle sauvegarde encore indirectement le patrimoine du mineur en permettant qu'il ne soit pas confié à des mains présumées trop faibles.

Lorsque les motifs de dispenses et d'excuses écrites dans la loi du tuteur et dans la loi de l'incapable seront différents, à laquelle devra-t-on obéir de préférence ?

Si l'on suivait la rigueur des principes, il faudrait toujours se référer à cette dernière puisqu'elle est présumée représenter l'intérêt de l'incapable, et qu'au cas d'opposition entre cet intérêt et celui du tuteur, c'est le premier qui doit l'emporter.

Cette solution ne peut faire de doute quand la loi du mineur moins sévère que celle du tuteur admet une cause d'excuse que ne reconnaît pas celle-ci, mais dans l'hypothèse inverse, elle se heurte à une impossibilité vé-

(1) Comp. Fiore op. cit. n° 467. — « En ce qui concerne la personne qui peut être investie de la qualité de tuteur, de protuteur et de curateur, nous noterons qu'il faut se référer à la loi personnelle du mineur pour décider quelles personnes doivent être exclues de ces fonctions ou en être destituées. C'est qu'en effet l'exclusion et la destitution ont pour objet la protection des intérêts des incapables.

« A l'égard de la capacité des personnes qui peuvent accepter ces fonctions, il faudra se référer à leur loi personnelle ».

ritable. Comment en effet songer à contraindre une personne à accepter à l'étranger une charge dont elle est dispensée ou qu'elle peut refuser dans sa patrie en vertu de sa propre législation ?

Aussi décide-t-on qu'il y a lieu ici de faire échec à la règle générale et de permettre concurremment l'application des deux lois.

Je n'insisterai pas d'avantage sur tous ces points, les conflits dont ils peuvent être l'occasion devant se présenter assez rarement, étant donné le système que j'ai cru devoir admettre et d'après lequel les étrangers autres que les ascendants de l'incapable sont exclus des fonctions tutélaires.

CHAPITRE TROISIÈME

DU FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE

Considérations générales

La tutelle, une fois régulièrement organisée doit, ainsi que je l'ai déjà fait observer, embrasser l'administration de la personne et celle de la fortune entière du mineur, encore que celle-ci soit éparse en diverses contrées. C'est la seule solution conforme à la fois aux principes juridiques et aux intérêts de l'incapable. Par suite, l'autorité du tuteur devra être reconnue et admise sans entraves partout où son exercice deviendra nécessaire, sans qu'il soit même besoin de recourir aux juridictions locales pour la sanctionner. « En effet, dit M. Chavegrin, si le tuteur « tient ses pouvoirs de la loi elle-même, si c'est un tuteur « légal, on ne fait en le recevant comme tel dans les États « étrangers, qu'appliquer une disposition du statut per- « sonnel du mineur ; si c'est un tuteur datif ou nommé « par un de ses parents, l'acte qui lui confère ses fonc- « tions doit également valoir au dehors, grâce aux prin- « cipes qui régissent l'effet des actes de juridiction gra- « cieuse et des décisions même contentieuses concernant « l'état des personnes ».

« Cette universalité, ajoute le même auteur, est consa- « crée sur le continent européen par une doctrine con- « stante (1) ».

(1) Chavegrin op. cit. nº 23 et auteurs cités, notes 2 et 3 de ce numéro. — Fiore op. cit. nº 466. — Asser et Rivier op. cit. § 17 nº 59, al. 2 in fine.

La Cour suprême d'Autriche s'est approprié cette doctrine par un arrêt du 31 décembre 1878 aux termes duquel elle a jugé « qu'un tuteur valablement nommé d'après les « lois d'un pays étranger et encore en fonction doit être re- « connu comme tel, même en Autriche, et par suite qu'il « n'y a pas lieu à la nomination d'un second tuteur (1) ».

Le droit Anglo-Américain ne s'y est pas encore rallié (2). Le tuteur choisi à l'étranger ne peut en principe exercer en Angleterre aucun pouvoir ni sur la personne de son pupille, ni sur ceux de ses biens qui y sont situés. Il appartient à la justice anglaise de procéder à la nomination d'un nouveau gardien, qui puisse aussi représenter valablement le mineur, lorsque cela devient nécessaire. Le formalisme n'est pas moins rigoureux aux États-Unis, puisque chaque État particulier ne fait pas de différence à ce point de vue entre les autres États de l'Union et les nations étrangères.

Toutefois en Angleterre, la règle a commencé à recevoir dans la pratique quelques atténuations. « En ce qui con- « cerne les tuteurs étrangers (foreign guardians) la règle « posée par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire « du marquis de Bute, est que le tuteur nommé par une « Cour étrangère, ne doit pas être considéré comme dé- « signé *ex debito justitiæ*, en qualité de tuteur d'un enfant « étranger en Angleterre, mais que les Cours Anglaises « doivent prendre cette nomination en considération et

(1) J. D. I. P. 1883, p. 69. — Cour de Paris, 27 juin 1888. J. D. I. P. 1890, p. 946. — Tribunal de Marseille, 3 août 1888. J. D. I. P. 1890, p. 943.

(2) Le Congrès Sud-Américain de Montévidéo a admis que « la charge de tuteur ou de curateur déférée dans l'un des États signataires sera reconnue dans tous les autres États » (art. 20 du traité de Droit civil International). Il est vrai que par l'article 22 que je citerai plus loin, il a fait sa part au réalisme.

« nommer le même tuteur à moins qu'il n'y ait dans l'in-
« térêt du mineur quelque bonne raison d'agir autrement.
« Les mêmes règles doivent s'appliquer aux tuteurs des
« aliénés. La législation anglaise qui ne contient aucune
« disposition sur ce point ne reconnaît pas les curateurs
« des prodigues (1). »

On s'est demandé si le principe de l'universalité de la tutelle doit être également observé dans les cas où la tutelle constituée sous l'empire d'une loi autre que celle de la patrie revêt un caractère provisoire. La réponse sera affirmative si l'on prend surtout en considération l'intérêt de l'incapable : cet intérêt ne varie évidemment pas selon les circonstances, et il ne peut être satisfait que si l'on adopte la même solution que dans l'hypothèse d'une tutelle régulière et définitive, bien qu'ici à envisager rigoureusement les choses cette solution ne se justifie pas d'une façon aussi légitime au point de vue théorique (2).

Il convient du reste, sur ce point comme sur tous ceux qui ont été examinés d'apporter à la régle générale, la restriction habituelle qui résulte de la nécessité où sera le tuteur, sur les points où la loi locale se trouvera en opposition avec la loi de la tutelle, de se soumettre aux prescriptions de la première, quand ces prescriptions se rattacheront à l'ordre public international.

DES OBLIGATIONS DU TUTEUR

C'est dans la *lex tutelæ* que le tuteur cherchera quelles sont les obligations qui lui incombent à son entrée en fonc-

(1) J. Alexander. J. D. I. P. 1879, p. 521.
(2) Contrà. Loiseau op. cit. p. 210.

tions. Il se conformera à ses prescriptions notamment sur les points de savoir quand il doit faire inventaire ; s'il doit procéder à la vente des meubles et dans quel délai ; comment il devra faire emploi de l'excédant des revenus du mineur sur la dépense ; s'il est astreint à fournir des états de gestion, à qui il les doit présenter et combien de fois au cours de la tutelle ; enfin c'est elle qui dira si des honoraires peuvent lui être alloués et qui déterminera la pénalité qu'il encourt s'il a laissé improductifs ou employé à son usage personnel les capitaux de son pupille (1).

Le Code Civil français oblige le tuteur à procéder à la vente des meubles et l'autorise à y procéder seul, mais cette vente ne peut néanmoins avoir lieu qu'après l'accomplissement de certaines formes de publicité énoncées dans les articles 943 à 951 du Code de Procédure. Or, en supposant que les meubles soient situés à l'étranger, le tuteur d'un mineur français pourra-t-il les vendre en observant les formes de la *lex rei sitæ*, en n'en observant même aucune, si celle-ci n'en prescrit pas ; ou devra-t-il toujours se conformer à celles prescrites par la *lex tutelæ* ?

Je ne traiterai pas ici cette question parce qu'elle se représentera avec plus de gravité en matière d'aliénation d'immeubles. Je dirai seulement pour l'instant qu'à mon avis les formes de la vente doivent être soumises à la règle : *Locus regit actum* (2).

(1) « La tutelle et la curatelle en tant qu'il s'agit des droits et obligations qu'elles imposent seront régies par la loi du lieu où la charge a été déférée ». Article 21 du Traité de Droit civil international élaboré par le Congrès Sud-Américain de Montévidéo.

(2) Contrà : Loiseau op. cit. p. 225 et 226.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR

§ I

Des pouvoirs des tuteurs sur la personne

Les pouvoirs du tuteur sur la personne sont relatifs aux droits de garde, d'éducation et de correction. Du vivant des père et mère, ces droits dont l'exercice appartient au père sont réglementés par les articles 373 à 382 du Code Civil ; ils sont maintenus dans leur intégrité au profit du survivant d'eux devenu tuteur légal ; mais ils perdent une grande partie de leur énergie en passant aux mains de tout autre tuteur. L'obligation pour ce dernier de faire fixer par le conseil de famille la somme qui devra être dépensée annuellement par le mineur, le soumet en fait au contrôle des parents en ce qui concerne l'éducation du pupille; quant au droit de correction, on sait qu'il ne peut en user que par voie de réquisition et avec l'autorisation du même conseil de famille.

A l'égard des droits de garde et d'éducation, il ne peut faire de doute que c'est dans la loi nationale du mineur qu'il faudra chercher la limite des pouvoirs du tuteur et l'étendue de ses obligations.

Pour le droit de correction, la question est plus incertaine et l'on trouve à ce sujet des divergences parmi les auteurs. C'est du reste plutôt à l'occasion de l'exercice de la puissance paternelle que la question a été examinée.

« Le droit de correction, dit M. Brocher, réglementé « par les articles 375 et suivants du Code Civil dérive bien « encore de l'autorité paternelle et du statut paternel, mais « ce statut s'y présente profondément empreint d'ordre pu- « blic ; on voit s'y produire une sorte de mélange de droit

« civil et de droit pénal, ce qui revêt cette institution « d'une nature spéciale. Il peut difficilement s'agir en telle « matière d'une expansion extra territoriale dans un sens « aussi complet que celui du paragraphe 3 de l'article 3. « Le Français ne pourra pas obtenir à l'étranger l'appli- « cation pure et simple de sa loi nationale. Il en sera de « même de l'étranger séjournant en France. Mais nous « croyons que les articles 375 et suivants, doivent se com- « biner avec le paragraphe premier de l'article 3 cité plus « haut. L'application semble devoir s'en faire aux étran- « gers, quelle que soit d'ailleurleur loi nationale » (1).

Pour M. Fiore « les mesures relatives au droit de cor- « rection accordé par la loi au tuteur doivent être régies « par la loi du pays du domicile ou de la résidence » (2).

D'après M. Despagnet « le droit de correction n'est pas « d'ordre public en France, puisqu'il est facultatif ; il se « rattache à l'organisation particulière de la famille dans « chaque pays ». L'ordre public exige seulement « qu'on « observe toujours la loi territoriale pour l'exercice de « certains droits qui touchent au respect de la personne « humaine » (3). Cette dernière opinion paraît la plus conforme aux principes généraux, mais les susceptibilités de la loi territoriale étant plus vives en cette matière que partout ailleurs, elle aboutira en fait à laisser chez nous le tuteur étranger désarmé contre l'indiscipline de son pupille, si la législation dont relève ce dernier ne reconnaît pas le droit de détention. On ne lui permettra pas en effet de requérir l'internement du mineur, sous le prétexte que le statut personnel de celui-ci s'y oppose, et d'autre part

(1) Brocher, op cit. n° 105.
(2) Fiore, op. cit. n° 468.
(3) Despagnet, op. cit. n° 407.

on lui interdira le plus souvent au nom de l'ordre public d'avoir recours soit aux châtiments corporels, soit aux autres modes de séquestration qui pourraient être autorisés par la loi de la tutelle (1).

En admettant que le droit de détention soit également reconnu par la *lex tutelæ*, qu'arrivera-t-il si les conditions auxquelles celle-ci subordonne son exercice sont différentes de celles établies par la loi française ? Ainsi d'après notre Code civil, le tuteur est obligé de se pourvoir préalablement de l'autorisation du conseil de famille et il ne peut agir que par voie de réquisition ; si la loi du mineur laisse sur ce point au tuteur la même liberté que celle qui est laissée chez nous au père de famille par l'article 376, l'admettra-t-on à en user ? La logique semble commander l'affirmative, mais ici encore le tuteur sera exposé à trouver un obstacle insurmontable dans les exigences de l'ordre public. Puisqu'ainsi l'ordre public limite l'application du statut personnel au point de l'annihiler, peut-être serait-il préférable de donner la préférence à la loi territoriale et de se conformer à ses prescriptions en ce qui concerne l'exercice du droit de correction. Il s'agit dans l'espèce de protéger le mineur contre lui-même, c'est-à-dire contre son plus dangereux ennemi, et il est, je crois, plus conforme à son intérêt, qu'il le soit par des moyens que n'admet pas sa loi nationale, plutôt que d'échapper à toute répression. Il est juste cependant de reconnaître que même dans ce système on n'évite pas toutes les difficultés : on n'a pour en avoir un exemple, qu'à se représenter un mi-

(1) Voir cependant un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1872 qui a jugé qu'un enfant italien pouvait être éloigné de la maison paternelle pour justes motifs, par application de l'art. 221 du C. C. d'Italie. J. D. I. P. 1874, p. 32.

neur étranger dont la législation ne connaît pas l'institution des conseils de famille et dont le tuteur désire requérir la détention sur notre territoire.

Il est presque inutile de dire que c'est ce système qui est en vigueur dans le droit Anglo-Américain. Comme on l'a dit spirituellement, un mineur étranger qui réside en Angleterre ou en Amérique pourra, si on observe strictement la *common law,* se voir appliquer le droit de correction sous une forme aussi peu respectueuse que possible de son statut personnel.

En ce qui concerne plus spécialement le droit du tuteur étranger de se prévaloir de son autorité sur son pupille en Angleterre, voici comment s'explique Westlake. « On « a des doutes au sujet de l'autorité que peut exercer tant « sur la personne que sur les biens, un tuteur ou un cu- « rateur nommé à un mineur ou à un aliéné par une loi « ou une justice étrangère. Il est constant que l'existence « d'un tel tuteur ou curateur n'empêche pas que la justice « anglaise ne soit compétente pour en nommer un autre, « ou faire une enquête de novo sur l'état mental de l'é- « tranger qu'on affirme être aliéné, etc., etc. Toutefois « quant à la personne, il est établi dès maintenant que la « justice anglaise ne nommera un tuteur à un mineur ou « aliéné étranger ayant un tuteur en son domicile, que dans « le but de faciliter à ce dernier l'exercice de son autorité « aussi longtemps qu'il ne se rend pas coupable d'abus (1).

§ II

Des pouvoirs du tuteur sur les biens

En abordant la question des pouvoirs du tuteur sur les

(1) Westlake. J. D. I. P. 1881 p. 313.

biens de son pupille, j'arrive à la partie la plus délicate de mon sujet. Étant désormais en présence de dispositions qui ont trait aux choses, il y aura lieu d'établir une distinction aussi rigoureuse que possible entre celles qui, les concernant d'une façon exclusive, doivent prendre place dans le statut réel et dont par suite l'observation s'impose à tous, étrangers comme nationaux, et celles qui tout en affectant les biens, n'en doivent pas moins être considérées comme établies principalement dans *l'intérêt privé* de la personne, et sont admises à étendre leur empire sur le territoire étranger. Or, dans la pratique, cette distinction est souvent embarrassante et sur beaucoup de points de vives controverses se sont élevées.

Ces difficultés sont évitées dans la doctrine anglo-américaine qui exagérant, ainsi que je l'ai déjà constaté, les conséquences de l'idée de souveraineté, aboutit à un réalisme encore aujourd'hui des plus exclusifs, malgré certaines tendances plus libérales de la jurisprudence.

Ainsi, en ce qui concerne les pouvoirs du tuteur sur les biens, l'application des principes généraux semblerait devoir faire admettre qu'ils peuvent s'exercer librement quand il s'agit de la fortune mobilière du mineur ; mais on verra plus loin que la justice anglaise se réserve le droit d'apporter des entraves à cet exercice, si elle le juge convenable dans l'intérêt du mineur.

Quant aux immeubles, la *lex tutelæ* est impuissante à les atteindre de ses prescriptions ; ils restent entièrement soumis à l'empire de la loi territoriale et ne peuvent être remis qu'au gardien désigné conformément à cette dernière.

J'ai déjà fait remarquer que le principal inconvénient du système réaliste, c'est qu'appliqué dans toute sa rigueur,

il aurait pour résultat l'établissement de plusieurs gestions indépendantes les unes des autres. Outre que cette division de la tutelle présente des inconvénients multiples et déjà signalés au point de vue de l'administration de la fortune du pupille, elle est de plus contraire au principe fondamental auquel je me suis attaché, à savoir que la tutelle étant organisée essentiellement dans l'intérêt du mineur, sa direction doit être, d'une façon générale, réservée à la loi qui est présumée devoir être la meilleure gardienne de cet intérêt, c'est-à-dire, à la loi nationale du mineur.

Il peut toutefois se présenter dans la pratique des hypothèses où il est impossible au tuteur de concentrer dans ses mains la gestion de la fortune intégrale de son pupille. Qu'on suppose, par exemple, un mineur français possédant des biens dans des pays éloignés, avec lesquels les communications sont lentes et pénibles, ou dans des pays d'outre-mer autres que les colonies françaises. Comment s'y prendre pour pourvoir à l'administration de ces biens ?

Deux théories ont été soutenues :

D'après l'une, il y aurait lieu en pareil cas de procéder à l'organisation d'une protutelle, en empruntant la disposition de l'article 417 du Code civil, et voici les principaux arguments que ses partisans invoquent pour la défendre.

a. — Il est vrai qu'en principe, le Code civil n'admet pas la pluralité de tuteurs ; il n'a fait échec à cette règle que dans deux circonstances spéciales, par les articles 396 et 417. (1).

(1) Il n'est pas sans intérêt de noter ici que la jurisprudence paraît admettre qu'il est permis dans l'intérêt du mineur de nommer deux tuteurs, l'un pour la personne et l'autre pour les biens. Dijon, 14 mai 1862. Cassation, 14 Décembre 1863.

D'autre part il me semble douteux que la disposition de l'article 396 constitue une exception au principe de l'unité de tutelle.

Mais il faut s'attacher à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi. Or la situation en vue de laquelle les Rédacteurs du code ont édicté la disposition de l'article 417, n'est-elle pas la même que celle dont il s'agit présentement ? Pourquoi alors deux solutions différentes ? « On arrive ainsi à « dire, écrit M. Chavegrin, que si un mineur français mis « en tutelle chez nous a des biens dans l'Inde Française, il « pourra recevoir un protuteur, que si au contraire il en « a dans l'Inde anglaise, on ne lui en nommera pas valablement ». A l'objection que les exceptions ne peuvent pas s'étendre d'un cas à un autre et qu'il faut nécessairement dans le silence de la loi s'en tenir à la règle générale, le même auteur répond : « si la loi qui s'est expliquée sur « l'un des cas n'a rien dit de l'autre, c'est sans doute parce « que nos colonies étaient encore assez considérables au « commencement du siècle, tandis qu'à la suite des guerres de la Révolution, nos relations civiles et commerciales avec les autres peuples avaient perdu de leur importance. On devait voir moins souvent en 1804 qu'aujourd'hui des Français propriétaires en pays étranger. « De la sorte, les Rédacteurs du code statuant *de eo quod* « *plerumque fit* n'ont parlé que des colonies » (1).

b. — On doit remarquer que l'administration ainsi organisée séparément sera régie par la loi de la tutelle, de sorte que selon l'expression de de Bar, « si l'unité de tutelle est détruite, la *lex tutelæ* reste une ». Le protuteur qui tiendra ses pouvoirs de cette dernière devra donc se conformer à toutes ses prescriptions en ce qui concerne la gestion confiée à ses soins. On évite ainsi de tomber dans les errements de la doctrine anglo-américaine.

(1) Chavegrin, op. cit. no 26.

Du reste la création d'une tutelle ne sera pas obligatoire dans tous les cas où le mineur français possédera des immeubles en pays étranger. Le conseil de famille sera appelé à se prononcer sur l'opportunité de cette création, qu'il ne devra admettre que lorsque les circonstances la rendront indispensable.

Les défenseurs de l'autre système font valoir les raisons suivantes :

a. — Le principe de l'unité de tutelle est consacré par le Code civil qui n'y a dérogé qu'expressément : il est donc impossible d'y créer arbitrairement de nouvelles exceptions ; si le tuteur ne peut gérer par lui-même certains biens de son pupille, il aura à son service la disposition de l'article 454 alinéa 2. « Le même acte spécifiera « si le tuteur est autorisé à s'aider dans sa gestion d'un « ou plusieurs administrateurs salariés, agissant sous sa « responsabilité. »

Outre que cette manière d'agir respecte le texte de la loi, elle n'est pas non plus étrangère à son esprit. La règle de l'article 417 a été inspirée par cette pensée que l'éloignement des colonies mettait en fait le tuteur de la patrie dans l'impossibilité, non seulement d'administrer directement les biens de son pupille qui y étaient situés, mais aussi d'exercer un contrôle suffisant sur la gestion d'administrateurs salariés dont les fautes et les infidélités fussent retombées à sa charge. Mais en est-il ainsi de nos jours en ce qui concerne les pays étrangers ? Évidemment non ! Quel embarras sérieux en effet un tuteur français éprouvera-t-il à faire administrer par un mandataire les biens de son pupille situés, par exemple, en Espagne ou en Italie ?

On peut objecter dans l'opinion adverse, que cette der-

nière considération est sans portée parce que le conseil de famille restant juge du point de savoir s'il y a lieu d'organiser une protutelle, il ne s'y résoudra que lorsque la nécessité s'en fera absolument sentir. Par suite, si la fortune du mineur est assise sur le territoire d'un État limitrophe où avec lequel les relations sont faciles et permanentes, il laissera au tuteur le soin de la gérer par lui-même ou de se conformer à la prescription de l'article 454 alinéa 2. Mais que dit l'article 417 ? « Quand le mineur domicilié « en France, possédera des biens dans les colonies ou « réciproquement, l'administration spéciale de ces biens « sera donnée à un protuteur. » Y a-t-il trace dans cet article d'une latitude quelconque laissée au conseil de famille pour apprécier la convenance de la nomination d'un protuteur ? Non ; eh bien ! puisqu'on l'invoque et qu'on prétend s'en servir par analogie on n'a pas le droit de l'appliquer avec des atténuations plus ou moins fantaisistes ou arbitraires : il faut l'appliquer tel quel ou le laisser de côté.

b. — On prétend aussi dans le système opposé que l'unité de tutelle ne sera pas compromise, puisque le protuteur reste soumis à l'obéissance de la *lex tutelæ*. Théoriquement l'observation peut être exacte, mais en fait n'y a-t-il pas à craindre que l'indépendance du protuteur n'amène des résultats peu différents de ceux obtenus par l'application de la doctrine anglaise ? Choisi presque toujours dans le pays où il aura à exercer ses fonctions, n'aura-t-il pas une tendance invincible à se conformer à la loi territoriale qu'il connaît, et qu'il aura toujours présente devant les yeux, plutôt qu'à une loi étrangère sur laquelle il pourra être imparfaitement renseigné ? Ne rencontrera-t-il pas pour l'encourager dans cette façon d'agir un appui

bienveillant dans les juridictions locales? Cette éventualité est certainement à redouter et il pourra arriver que de la pluralité de tuteurs, on glisse insensiblement à la pluralité de tutelles, ce que l'on prétend éviter. Il est donc préférable de rejeter une opinion contraire aux textes et qui ne s'appuie que sur des motifs très contestables. « Il s'agit avant tout d'imprimer à la fortune du « mineur une direction intelligente et sûre. Elle sera « intelligente si on multiplie les moteurs, tout en laissant « subsister une attache entre le centre de la tutelle et « les gestions locales. Elle sera sûre, ou du moins aussi « sûre que possible, si on concentre toutes les responsa- « bilités sur une seule tête, si tout en permettant au tuteur « de se faire aider dans sa tâche par des gérants ou man- « dataires, on l'intéresse à une surveillance rigoureuse « en l'avertissant que les malversations et les fautes « seront portées à son compte » (1).

Les raisons que font valoir les partisans des deux systèmes sont également sérieuses et rendent l'option difficile entre eux. Cependant je crois devoir donner la préférence à celui qui admet la possibilité de la nomination d'un protuteur indépendant et voici pourquoi.

Tout d'abord je ne pense pas que l'on puisse tirer un argument direct et exclusif en faveur de l'une ou de l'autre des dispositions que renferment les articles 417 et 454, puisqu'au moment où ces articles ont été édictés l'hypothèse qui m'occupe paraît être restée en dehors des prévisions des Rédacteurs du Code. Il s'agit donc en réalité d'un cas nouveau et qu'il faut résoudre en prenant pour guide l'*intérêt* du mineur.

Ceci posé, pourquoi s'attacher à l'un plutôt qu'à l'autre

(1) Loiseau, op. cit. p. 214.

de ces articles ? Pourquoi ne pas chercher également dans les motifs qui les ont inspirés les éléments de la solution qu'il convient d'accepter, solution qui variera suivant que l'on se trouvera dans une circonstance qui offrira plus de points de ressemblance avec la situation en vue de laquelle chacun d'eux a été édicté ?

Ainsi le mineur français possède des biens dans un pays éloigné avec lequel les communications sont rares et pénibles ou encore dans une colonie étrangère : il est évident que si nulle part le Code civil n'avait apporté lui-même d'exception au principe de l'unité de tutelle, il serait d'une témérité extrême d'en créer une arbitrairement ; mais cette exception existe déjà et les motifs qui l'ont fait établir peuvent être très exactement invoqués dans la présente hypothèse. Je n'éprouverai par suite aucun scrupule à emprunter la règle posée dans l'article 417, et à en faire une application nouvelle.

Si au contraire les biens du mineur sont situés dans un pays voisin de la France, en relations régulières avec elle, je pense qu'il faudra recourir plutôt à la règle de l'article 454 parce qu'ici la situation qu'il prévoit offre plus de similitude avec celle que je viens d'envisager. En effet les relations entre la France et les nations voisines sont au moins aussi faciles aujourd'hui que l'étaient en 1804 les relations entre les divers pays de la France.

C'est donc, conformément aux principes, l'intérêt du mineur qui dictera la solution d'une difficulté qui n'est prévue par aucun texte et le conseil de famille sera le juge autorisé qui pèsera cet intérêt dans la circonstance.

Dans le second système que j'ai exposé on est en présence d'un tuteur gérant choisi par le tuteur et agissant sous la responsabilité personnelle de ce dernier ; mais si

l'on admet que la gestion des biens situés dans les pays étrangers est une charge trop pénible, et si l'on reconnaît la nécessité de constituer une administration séparée quant à ces biens, n'est-il pas manifeste que l'embarras du tuteur ne sera pas beaucoup moindre s'il lui faut conserver le souci d'un contrôle à exercer sur son mandataire, contrôle qui devra être d'autant plus actif qu'il s'agit des affaires d'autrui, dont la loi lui a confié la garde, et qu'il ne peut abandonner à la discrétion d'administrateurs salariés. On objecte que cette considération procède de l'intérêt du tuteur, lequel intérêt doit être indifférent ; mais n'est-il pas évident que l'intérêt du mineur ne s'en sépare pas dans la circonstance, puisque si ce dernier doit trouver dans un recours contre son tuteur une ressource contre les conséquences d'une mauvaise gestion, c'est là une éventualité que la loi envisage toujours avec regret, et qu'elle a cherché à prévenir en multipliant les précautions qui ont pour but d'assurer le fonctionnement régulier de l'administration des protecteurs des incapables. Or, à mon sens, cette prévision d'une gestion infidèle est moins sujette à se réaliser avec un protuteur indépendant, enclin à conduire les affaires qui lui sont confiées avec d'autant plus de prudence que sa responsabilité y sera engagée d'une façon plus directe. D'autre part le tuteur de la patrie, dégagé de tout souci relativement à la partie du patrimoine de son pupille éloignée du centre de son action, pourra consacrer tous ses soins à la bonne gestion des biens qui se trouveront à sa portée et les intérêts du mineur de toute façon n'en seront que mieux sauvegardés.

Ainsi que je l'ai déjà dit, la protutelle devant relever de la même loi que la tutelle, c'est le conseil de famille qui nommera le protuteur, après avoir apprécié l'opportunité

de cette nomination, à moins toutefois qu'il n'ait été déjà choisi par le dernier mourant des père et mère.

Enfin, la protutelle sera toujours possible, que la tutelle soit légale, dative et testamentaire (1).

Je me suis placé jusqu'ici dans l'hypothèse d'un mineur français ayant une partie de sa fortune à l'étranger ; *quid*, au cas inverse d'un mineur étranger propriétaire de biens en France ? La réponse ne saurait être douteuse : il faudra respecter sur ce point les dispositions adoptées par la loi personnelle du mineur ; s'il lui a été nommé un protuteur chargé de la gestion des biens de France, ce dernier pourra librement exercer ses pouvoirs sur notre sol ; de même aucune entrave ne devrait être apportée à l'action du tuteur de la patrie, si la même gestion lui incombait en l'absence d'un protuteur. Il n'y aurait jamais lieu pour les autorités françaises de constituer une administration de ces biens, si ce n'est à titre provisoire et dans le cas d'une nécessité absolue.

Ces quelques réflexions générales présentées, je vais entrer dans quelques détails au sujet des pouvoirs du tuteur sur les biens de son pupille.

L'article 450 du Code Civil est ainsi conçu : « Le tuteur « prendra soin de la personne du mineur et le représen- « tera dans tous les actes civils. Il administrera ses biens « en bon père de famille et répondra des dommages et inté- « rêts qui pourraient résulter de sa mauvaise gestion ».

Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans la controverse qu'a soulevée cet article sur le point de savoir si la loi a entendu conférer en principe au tuteur une sorte d'omnipotence sur les biens de son pupille, limitée seulement dans

(1) Chavegrin, op. cit. n° 28.

les cas qu'elle a expressément prévus, ou si au contraire sa pensée a été de n'étendre ces pouvoirs qu'aux actes d'administration, les actes de disposition lui restant interdits ou ne lui étant permis que sous l'accomplissement de certaines formalités, même ceux sur lesquels la loi ne s'est pas expliquée. En réalité, surtout depuis la loi du 27 février 1880, les deux systèmes ne donnent pas des résultats sensiblement différents et d'une façon générale on peut dire que le tuteur ne possède de pleins pouvoirs qu'en ce qui concerne les actes d'administration proprement dits. En ce qui concerne les actes de disposition, il ne peut les faire qu'avec le concours des autorités tutélaires dont il relève, et quelques-uns même lui sont absolument défendus. Je vais passer brièvement en revue ces diverses catégories d'actes en me plaçant dans l'hypothèse d'un mineur français propriétaire de biens situés à l'étranger.

Actes que le tuteur peut faire seul

Le tuteur peut notamment sans aucune autorisation donner à bail les immeubles de son pupille, percevoir les revenus des capitaux et des immeubles, toucher les capitaux eux-mêmes qui deviendraient exigibles, payer les sommes que le mineur pourrait devoir, veiller à l'entretien et à la conservation des immeubles ; faire un emploi régulier des fonds disponibles.

Il arrivera rarement que dans l'accomplissement de ces divers actes le tuteur rencontre quelque obstacle à l'exercice de ses pouvoirs.

La perception des revenus des immeubles pourrait cependant en Angleterre et en Amérique éveiller certaines susceptibilités dont le résultat serait d'obliger le tuteur à faire

confirmer son autorité par les juridictions locales. Cette confirmation pourrait même être refusée, et la nomination d'un nouveau gardien exigée.

« Il est incontestable, dit Story, que la common law ne « reconnaît pas les droits des tuteurs étrangers sur les « biens immobiliers situés dans un autre État. Ces droits « sont considérés comme territoriaux et ne peuvent avoir « aucune influence sur les biens situés dans d'autres pays, « dont la législation admet des règles diverses. Personne « ne voudra supposer qu'un tuteur, institué d'après la loi « d'un pays, ait le droit de toucher les revenus ou de pren- « dre possession des biens de son pupille situés dans un « autre État sans être dûment autorisé par le tribunal « local (1). »

A plus forte raison à cause de l'importance de l'acte, les mêmes difficultés pourraient elles se reproduire lorsque le tuteur aura à toucher un capital exigible.

« Quant aux biens, dit Westlake, on est d'accord pour « permettre au tuteur ou curateur du domicile d'intenter « des actions et de donner décharge pour les biens meu- « bles du mineur ou de l'aliéné, toutefois la justice « anglaise se réserve le pouvoir discrétionnaire d'ordonner « ou de refuser le paiement à un tuteur ou curateur étran- « ger de valeurs mobilières qui tombent sous sa juridic- « tion spéciale en matière de trustees ou d'aliénés (2). »

(1) Story. Conflict of Laws. § 504-505.

(2) Westlake. J. D. I. P. 1881 p. 313, § 4-12. — « Pour les biens, dit « M. Despagnet, l'ancienne distinction consacrée dans la théorie des « statuts conduit aux deux solutions suivantes. Les meubles réputés « fictivement situés au domicile de leur propriétaire, peuvent être ad- « ministrés par le tuteur conformément à la loi nationale du pupille. « Les immeubles au contraire, dépendent exclusivement du statut réel « et sont régis par la loi de leur situation. Ces deux propositions sont « admises dans la jurisprudence anglo-américaine. — Toutefois en

Au cas où le tuteur se verrait contraint de s'adresser à la justice pour poursuivre un débiteur de son pupille, il n'aura pas à se munir d'autorisation, même si la *lex rei sitæ* l'exigeait en pareille circonstance. On pourrait arguer ici de ce que cette autorisation fait partie des formalités extrinsèques, lesquelles doivent être soumises à la règle *Locus regit actum*, mais cette objection ne serait pas fondée : il s'agit en effet non pas d'une question de forme, mais d'une mesure de protection pour l'incapable et du moment que la loi française a jugée cette mesure inutile, ce n'est pas à la loi étrangère à se montrer plus exigeante quand il s'agit d'un mineur français.

Il n'est pas douteux que le tuteur doive se conformer aux prescriptions de la *lex tutelæ* quand il effectuera le placement des capitaux disponibles, même touchés à l'étranger ou provenant d'aliénations de valeurs étrangères.

Quelques réserves pourraient en revanche être faites relativement au bail des immeubles de l'incapable.

On sait que la loi française ne permet pas aux administrateurs des biens d'autrui en général de consentir des baux d'une durée de plus de neuf années, et de plus n'en autorise le renouvellement que dans un certain délai précédant leur expiration. Or il est possible que les immeubles du mineur soient situés dans un pays dont la législation permet aux mêmes administrateurs de faire des baux d'une plus longue durée : le tuteur français pourra-t-il se conformer sur ce point aux prescriptions de cette dernière législation ? Pour soutenir l'affirmative, on pourrait pré-

« reconnaissant au tuteur étranger le pouvoir d'administrer les meu-
« bles de son pupille, les cours Anglaises s'arrogent le droit de refuser
« arbitrairement la délivrance et le paiement des valeurs mobilières
« qui sont sous leur juridiction » op. cit. n° 463.

tendre que les dispositions qui réglementent les baux rentrent dans celles qui ont trait à la condition des choses et par conséquent qu'elles doivent être considérées comme appartenant au statut réel.

Je dirai cependant que sur ce point encore le tuteur français sera tenu de respecter l'ordre de la *lex tutelæ*, et que pour le cas où il l'aurait transgressé, le mineur pourra à sa majorité faire réduire le bail, conformément à cette loi. En établissant une limite au droit du tuteur, le législateur a surtout envisagé l'intérêt des incapables ; il a songé qu'il serait contraire à cet intérêt que leurs biens fussent engagés et que la libre disposition leur en fût enlevée pour une trop longue période après leur majorité. Si par certaines des dispositions qu'il renferme, le régime général des baux se lie intimement au régime de la propriété foncière, la capacité requise pour consentir un bail n'en reste pas moins soumise aux règles habituelles en matière de capacité. C'est donc à ceux qui traitent avec les administrateurs du bien d'autrui de s'enquérir de leurs pouvoirs et d'exiger l'accomplissement des formalités nécessaires pour mettre les contrats qu'ils passent avec eux à l'abri de toute critique. « *Qui cum alio contrahit, « vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* »

Actes pour lesquels le tuteur a besoin d'être autorisé par le conseil de famille.

D'après l'article 461 du Code Civil « le tuteur ne pourra « accepter ni répudier une succession échue au mineur « sans une autorisation préalable du conseil de famille. « L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire ».

L'article 784 ajoute : « La renonciation à une succession

« ne se présume pas ; elle ne peut plus être faite qu'au « greffe du tribunal de première instance dans l'arrondis- « sement duquel la succession s'est ouverte, sur un re- « gistre particulier tenu à cet effet ».

En supposant que la succession échue au mineur se soit ouverte en pays étranger, le tuteur français n'en devra pas moins observer la règle de l'article 461 ; il n'aura ainsi que l'option entre la répudiation et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, quelles que soient à ce sujet les dispositions de la *lex rei sitæ* et quand même cette dernière autoriserait une acceptation pure et simple. Quant à la manière dont il réalisera la résolution à laquelle il se sera arrêté d'accord avec le conseil de famille, il devra se conformer aux formalités usitées à cet effet dans le pays de l'ouverture de la succession (1).

En prévoyant le cas où un désaccord s'éléverait entre le tuteur et le conseil de famille au sujet du choix du parti à prendre, on s'est demandé quel serait le tribunal compétent pour le juger, celui du siège de la tutelle ou celui du lieu de l'ouverture de la succession. Je pense que c'est au premier que doit être réservé le soin de résoudre le conflit en question, même si la succession comprenait des immeubles ou était purement immobilière ; ce ne serait évidemment pas le lieu d'appliquer la règle constante d'après laquelle la Jurisprudence fait dépendre la dévolution des immeubles de la *lex rei sitæ*. Il ne s'agit pas

(1) En sens contraire Oberlandgericht de Hambourg, 11 novembre 1889, qui a jugé que la renonciation à une succession doit être considérée comme valable quand elle est faite par l'héritier renonçant dans les formes de sa loi nationale. J. D. I. P. 1893, p. 197 (Le Landgericht avait annulé la renonciation). — Il convient toutefois de remarquer que dans l'espèce, la validité de la renonciation était contestée par le renonçant lui-même.

davantage d'une contestation ayant trait au règlement de la succession, et rentrant ainsi dans les difficultés dont la connaissance est réservée aux tribunaux locaux par certains traités, tels que celui conclu avec la Russie le 17 juin 1874 et dont l'article 10, alinéa 1er, dit textuellement : « La succession aux biens immobiliers sera régie « par les lois du pays dans lequel les immeubles sont si- « tués, et la connaissance de toute demande en contesta- « tion concernant les successions immobilières appartien- « dra exclusivement aux tribunaux de ce pays ». Il s'agit au fond de déterminer les conditions auxquelles devra être subordonnée une mesure de protection à prendre dans l'intérêt privé du mineur et qui rentre, d'après les principes généraux, dans la compétence de la *lex tutelæ*.

Les mêmes règles doivent être observées au cas inverse où un mineur étranger serait appelé à recueillir une succession en France, même immobilière. La question de savoir comment il devra être habilité à recueillir ou à répudier cette succession sera réservée à l'appréciation de sa loi nationale, et les contestations qui pourraient s'élever sur ce point entre les diverses autorités tutélaires auxquelles il est soumis, seront tranchées par l'autorité suprême à qui incombe cette mission d'après la même loi, sans que nos tribunaux puissent s'en emparer.

Quid, si la *lex tutelæ* permet au tuteur du mineur étranger l'acceptation pure et simple proscrite par notre Code Civil ? Il faudra encore respecter son ordre sur ce point sans souci des conséquences pouvant en résulter pour le mineur, puisque c'est à elle qu'est réservé le soin d'apprécier ce qu'il convient de faire dans l'intérêt de ce dernier. On ne pourrait s'opposer à cette conséquence que si l'on considérait l'article 461 comme étant d'ordre public

international ; or, cette manière de voir est inadmissible, puisque, en tant qu'il s'applique aux mineurs français, cet article est chez nous l'objet de critiques qui paraissent fondées. En effet, au lieu d'imposer dans tous les cas l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, la loi eut été plus sage de laisser au conseil de famille, lorsque la succession est évidemment bonne, la faculté d'autoriser le tuteur à l'accepter purement et simplement, le premier parti n'offrant en pareil cas aucun avantage, tandis qu'il peut entraîner dans la liquidation de la succession des lenteurs et des frais préjudiciables aux intérêts du mineur.

Bien entendu le tuteur devra se conformer strictement à la règle de l'article 784 sur la forme à donner à la répudiation de la succession échue à son pupille étranger. C'est là en effet au premier chef une règle établie dans l'intérêt public, analogue à la formalité de la transcription pour les aliénations d'immeubles et rentrant par suite dans le statut réel.

« La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille » dit l'article 463 du Code Civil. Si une donation était offerte à un mineur français par un étranger, comprît-elle des biens situés à l'étranger, cette disposition devrait être rigoureusement observée. En dehors même de l'application des principes généraux, les motifs qui l'ont inspirée ne permettraient en aucun cas qu'il y fût dérogé,

De même, au cas où il serait fait donation à un mineur étranger d'immeubles situés en France, ce serait la *lex tutelæ* qui fixerait les conditions nécessaires à son acceptation par le représentant du mineur. L'application de la *lex rei sitæ* ne s'imposerait qu'en ce qui concerne la nécessité de la transcription de l'acte de donation confor-

mément à l'article 942. Si cette formalité n'était pas remplie, le mineur n'aurait de recours que contre son tuteur personnellement, s'il venait à perdre en tout ou en partie le bénéfice de la libéralité qui lui a été faite.

Il existe encore d'autres actes que le tuteur d'un mineur français ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. C'est ainsi qu'il doit s'en prémunir pour introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ou acquiescer à une demande relative aux mêmes droits (article 464 code civil) ou encore pour provoquer un partage (article 465). Les conflits susceptibles de se produire à l'occasion de ces actes seront tranchés conformément aux règles que je viens d'exposer et que je ne pourrais que répéter.

Enfin, la loi du 27 février 1880 a aussi décidé que l'autorisation du conseil de famille étant nécessaire et suffisante pour l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur, quand leur valeur en capital ne dépassait pas 1500 francs; mais je vais retrouver la même question dans le chapitre suivant.

Actes pour lesquels l'homologation du tribunal doit être demandée.

Ces actes sont énumérés en partie dans l'article 457 ainsi conçu :

« Le tuteur, même le père ou la mère ne peut emprun-
« ter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens
« immeubles sans y être autorisé par un conseil de famille.
« Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause
« d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident ». Dans le premier cas, « le conseil de famille n'accordera son au-

« torisation qu'après qu'il aura été constaté par un compte « sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets « mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le « conseil de famille indiquera dans tous les cas les im- « meubles qui devront être vendus de préférence et toutes « les conditions qu'il jugera utiles. »

L'article 458 dit ensuite : « Les délibérations du conseil « de famille relatives à cet objet, ne seront exécutées « qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'ho- « mologation devant le Tribunal de première instance, « qui y statuera en la chambre du conseil et après avoir « entendu le Procureur du Roi. »

L'ensemble des règles contenues dans les articles 457 et 458 constitue ce que l'on est convenu d'appeler les *formalités habilitantes* et leur équivalent se retrouve dans les législations de tous les pays civilisés avec des différences plus ou moins variées. Ces formalités ont pour but, étant donné l'état d'incapacité du mineur, de lui porter assistance dans les circonstances qui rendent nécessaires les actes toujours graves de disposition intéressant sa fortune, et d'entourer l'accomplissement de ces actes de précautions telles que toute légèreté et toute fraude en soient exclues. Elles sont donc par dessus tout inspirées par une pensée de protection envers l'incapable ; par suite, en suivant toujours le même principe d'après lequel c'est à la loi nationale du mineur de mesurer pour ainsi dire la protection qui doit lui être accordée, il faudra s'attacher à observer les formalités habilitantes qu'elle ordonne elle-même, sans tenir compte de celles prescrites par la *lex rei sitæ*.

Cette manière de voir n'est pas admise partout.

La jurisprudence anglo américaine, notamment, fidèle

ici aux principes de la *common law*, ne fait aucune distinction entre les diverses formalités qui doivent entourer l'accomplissement des actes de disposition des immeubles appartenant aux incapables étrangers : les formalités habilitantes elles-mêmes sont exclusivement du domaine de la *lex rei sitæ*, ce qui implique la nomination d'un nouveau gardien.

« Le principe de la *lex rei sitæ*, dit Alexander, empêche « que le tuteur étranger puisse rien sur les immeubles an- « glais de son mineur (1). »

« C'est un principe bien connu, dit aussi Story, que les « droits sur la propriété réelle ne peuvent être acquis, mo- « difiés ou cédés qu'en conformité de la *lex rei sitæ* (2) ».

La cour suprême de la Caroline du Nord a conformément à ce principe, jugé que lorsqu'un mineur déjà pourvu d'un protecteur que lui impose la loi de son pays d'origine, possède des biens dans un État étranger, il faut, pour qu'il puisse les vendre, qu'il soit habilité par les personnes que désignent les lois de cet État étranger (3).

Cette doctrine procède encore aujourd'hui des idées dont étaient imbus les vieux auteurs statutaires, et dont Nicolas de Bourgoigne se faisait l'écho quand il s'attachait à établir que la personne « *est l'accessoire des biens qui lui appartiennent* »; que sans ses biens, elle ne serait rien « *qu'un cadavre vivant* », que « *ce n'est pas la personne qui domine les choses, ce sont les choses qui attirent à elles la personne et lui imposent leur statut* ». On comprend qu'avec de pareilles préventions on puisse arriver à cette conclusion, qu'une condition uniforme doit

(1) J. D. I. P. 1879, p. 521 et s.
(2) Story. — Conflict of Laws § 504. 505.
(3) J. D. I. P. 1888, p. 143

s'imposer pour tous les biens situés sur le territoire d'un même État, abstraction faite des personnes à qui ils appartiennent, et que toute autre solution serait attentatoire aux principes de la souveraineté (1).

Dans la doctrine généralement admise aujourd'hui sur le continent européen, on reconnaît au contraire la prééminence de la personne sur les biens, et on en conclut logiquement que les lois de chaque État doivent suivre partout les personnes pour qui elles ont été faites, alors même qu'elles doivent produire leurs effets sur les biens situés dans un pays étranger. Cette solution ne peut porter atteinte au principe de souveraineté, puisque l'observation sur le territoire d'un État d'une loi étrangère ne se fait que du consentement et par l'ordre de cet État (2).

Spécialement en ce qui concerne la détermination de la loi à laquelle il faut demander quelles sont les formalités habilitantes à observer, quand il s'agit de l'aliénation des biens des incapables, le système qui enseigne que la préférence doit être accordée à la *lex tutelæ*, est généralement suivi en France (3).

En Italie, Fiore est particulièrement explicite. « Nous « ne saurions admettre, dit-il, la théorie qui repose sur la « conception féodale de la réalité de la propriété. Ayant « considéré la tutelle et toutes les dispositions qui s'y

(1) Weiss op. cit. p. 225. — « Suivant Dumoulin, le mineur de 25 ans qui d'après la coutume de son domicile, ne peut contracter qu'avec l'assentiment de ses parents et l'autorisation du juge, est pleinement capable d'aliéner sans leur assistance les biens qui lui appartiennent sur le territoire d'une coutume où la capacité du mineur ne subit aucune restriction ». eod. p. 218.

(2) V. Surville et Arthuys op. cit. p. 35 et 36.

(3) Durand op. cit. p. 358. — Weiss op. cit. p. 416. — Surville et Arthuys op. cit. 321. — Despagnet op. cit. p. 469. — Chavegrin op. cit. n° 29.

« rapportent comme ayant pour but la défense des inté-
« rêts personnels et patrimoniaux des incapables, nous
« avons par suite admis que tout doit dépendre de la loi
« personnelle de l'incapable, parce qu'il appartient à cette
« loi de sauvegarder les droits des citoyens et leurs biens
« quelle qu'en soit la situation.

« Il faudra tenir compte de la loi personnelle de l'inca-
« pable pour décider si l'administrateur doit vendre les
« établissements de commerce et les biens meubles, s'il
« peut acquérir ou aliéner des immeubles... Nous n'avons
« jamais pu voir en tout cela par leur nature propre
« d'intérêt territorial »... (1)

Laurent en Belgique, Brocher en Suisse, Savigny, Bar, et Bohm en Allemagne, Vesque von Puttlingen en Autriche défendent la même opinion qui a été aussi consacrée par la Cour Suprême de Vienne aux termes d'un arrêt du 4 janvier 1870 (2).

L'opinion contraire a trouvé un défenseur qui, dans une étude anonyme publiée par le journal de Droit International privé (année 1880 p. 292), formule cette conclusion qu'il faut de préférence recourir aux formalités imposées par la *lex rei sitæ* et qui dit à l'appui de sa manière de voir : « Des jurisconsultes allemands d'une grande autorité,
« tels que Schäffner sont très affirmatifs sur la question
« de savoir à quelles conditions des immeubles appartenant
« à un mineur peuvent être vendus; la pratique décide
« depuis longtemps que ces conditions sont déterminées

(1) Fiore op. cit. n° 470.

(2) Laurent op. cit. p. 214 ; Brocher op. cit. n° 110 ; Savigny, Bar, Bohm et Von Puttlingen sont cités par M. Chavegrin op. cit. note 3 du n° 29. — Pour l'arrêt, voir J. D. I. P. 1876, p. 53.

« par le statut réel (Schäffner-Entwickelung des interna-
« tional en Privatrechts p. 56).

« L'auteur de cette consultation, fait remarquer M. Weiss,
« reconnaît bien que l'application de la loi française à la
« vente des immeubles possédés par un mineur étranger
« sur notre territoire, ne laisse pas que de soulever quel-
« ques difficultés, si par exemple, le mineur appartient à
« un pays où l'institution des conseils de famille est incon-
« nue comme en Angleterre, mais il se tire d'affaire en
« décidant qu'en pareil cas, c'est le Tribunal qui autorisera,
« en dehors de l'intervention d'un conseil de famille im-
« possible à réunir, l'aliénation des immeubles : son ju-
« gement rendu sur requête vaudra tout à la fois délibéra-
« tion du conseil de famille et homologation (arg. anal.
« des articles 219, 222 Code Civil et de l'article 13 de la
« loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation) (1). »

La doctrine qui soumet à l'empire de la *lex tutelæ* les formalités habilitantes n'est pas également admise dans son intégrité par tous les auteurs. Il existe une autre théorie d'après laquelle l'homologation de l'avis du conseil de famille autorisant l'aliénation, devrait être demandée au Tribunal dans le ressort duquel se trouvent situés les biens : cette théorie a été admise par le Tribunal Civil de Verviers dans une espèce où le tuteur de mineurs prussiens présentait une délibération du conseil de famille des dits mineurs, présidée par le juge de paix de Juliers

(1) Weiss op. cit. p. 416 nº 2. — « En Autriche, quelques auteurs
« professent que quand un mineur possède des immeubles sur le
« territoire de l'Empire, l'autorité autrichienne doit en conférer
« la gestion à un tuteur particulier dont les attributions sont déter-
« minées par la lex rei sitæ et non pas par la loi personnelle du pu-
« pille. » (Unger, t. I. p. 198).

(Prusse) : le Tribunal s'est reconnu compétent pour statuer sur l'homologation de cette délibération.

On ne voit pas pourquoi la formalité de l'homologation serait ainsi isolée des autres et soumise à un régime particulier. Elle n'est en somme qu'une garantie de surcroît que la loi accorde au mineur dans un cas qu'elle considère comme particulièrement grave ; elle est au même titre que l'autorisation du conseil de famille une mesure de protection prise dans son intérêt et qui doit être soumise à l'appréciation du tribunal à qui appartient le contrôle supérieur de cette protection.

« On ne peut soutenir que la loi qui impose l'homolo-
« gation du Tribunal ou toute autre formalité analogue
« pour la validité de l'aliénation des biens d'un incapable
« soit une loi réelle immobilière, et fasse comme telle partie
« du statut réel. On ne saurait non plus soutenir qu'elle
« concerne les formes extrinsèques qui tombent sous l'em-
« pire de la règle : *Locus regit actum*. Elle doit au con-
« traire être comprise parmi les mesures de protection
« établies dans l'intérêt des incapables et comme telle être
« régie par le statut personnel de ces personnes » (1).

Enfin on peut remarquer que le fait de soumettre l'avis

(1) Fiore op. cit. n° 471. — Il est juste cependant de reconnaître que cette solution peut offrir en pratique quelques inconvénients. Il est manifeste que le Tribunal dans le ressort duquel les biens sont situés sera mieux informé des conditions de réussite dans lesquelles l'opération a des chances de se présenter, comme ayant une connaissance plus particulière de l'état de la propriété. On objecte qu'en revanche les juges de la patrie seront mieux placés pour apprécier l'opportunité ou la nécessité de la vente, mais cela n'est pas très certain surtout dans les pays comme la France où les Tribunaux ne connaissent qu'exceptionnellement des affaires concernant les mineurs.

Du reste, à ce point de vue l'avis du conseil de famille offre déjà les plus sérieuses garanties.

d'un conseil de famille d'un mineur français par exemple à l'homologation d'un tribunal étranger, constituerait une véritable anomalie au point de vue des règles de compétence.

Cette première question tranchée, il reste à établir quelle est la loi qui régira les formalités proprement dites de l'aliénation, dites *formalités extrinsèques*. Le tuteur français a obtenu l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du Tribunal; quelle marche va-t-il suivre pour arriver à la réalisation de la vente ?

L'article 459 du Code civil dit : « La vente se fera publi-
« quement en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui
« seront reçues par un membre du tribunal de première
« instance ou par un notaire à ce commis, et à la suite de
« trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs,
« aux lieux accoutumés dans le canton. — Chacune de
« ces affiches sera visée et certifiée par le maire des com-
« munes où elles auront été apposées ».

Le tuteur devra-t-il dans tous les cas se conformer à ces prescriptions ?

Il faut tout d'abord prévoir l'hypothèse où le Tribunal aura ordonné que l'aliénation ait lieu au siège de la tutelle, malgré que les immeubles soient situés à l'étranger. Dans ce cas, l'application des règles posées dans l'article 459 Code civil et dans les articles 955 et suivants, du Code de procédure s'impose naturellement. Bien entendu également, l'acquéreur devra faire accomplir dans le pays où les biens sont situés les formalités de transcription ou d'inscription ordonnées par la législation de ce pays pour rendre publiques les mutations de propriété.

Ce point est sans difficulté ; mais il peut se faire que dans le but de la rendre plus avantageuse pour le mineur, le

Tribunal n'ait pas retenu l'adjudication qui devra avoir lieu à l'étranger.

Dans ce cas, le premier soin du tuteur sera d'obtenir l'*exequatur* du jugement autorisant la vente. « Les tribu-
« naux de la situation, dit M. Chavegrin, n'interviennent
« que pour l'*exequatur* ; d'après une tradition constante,
« ils l'accordent sans révision. Il s'agit en effet d'une dé-
« cision se rattachant généralement à la juridiction gra-
« cieuse et en tous cas concernant l'état et la capacité de
« la personne, par suite cette décision a pleine force pro-
« bante, même hors le territoire d'où elle vient et ne man-
« que que de la force exécutoire qui lui est conférée sans
« révision de fond » (1).

J'arrive au point le plus délicat.

« La règle générale, dit Fiore, que la loi territoriale
« doit régler les formes extrinsèques des actes des admi-
« nistrateurs étrangers doit être entendue en ce sens qu'elle
« doit régler la procédure, telle que serait notamment celle
« nécessaire pour l'exécution de la vente des biens du
« mineur quand elle a été autorisée, c'est à-dire, la pu-
« blicité des formalités des enchères et de la suren-
« chère » (2).

Ce principe est vivement contesté par quelques auteurs qui enseignent que les formes exceptionnelles dont la loi entoure l'accomplissement des actes intéressant les incapables, sont inspirées comme les formalités habilitantes par une pensée de protection à leur égard, et qu'à ce titre elles doivent, comme ces dernières, être régies par la loi natio-

(1) Chavegrin, op. cit. n° 33. — Voir Surville et Arthuys op. cit. p. 468 note 4.

(2) Fiore op. cit. n° 473.

nale des mineurs ; il n'y a pas, selon eux, de motif de distinguer.

« Pourquoi, dit M. Laurent, le législateur prescrit-il « pour la vente des biens appartenant à des mineurs, des « formes particulières ? Ce n'est certes pas par une consi- « dération tirée de la nature des biens. Les immeubles « des mineurs ne diffèrent pas des immeubles possédés « par les majeurs. Si la vente des uns est soumise à des « formes spéciales, ce doit être à raison de leur incapa- « cité. Et cela est d'évidence ; le motif de la loi étant « étranger au statut réel, il faut l'écarter » (1).

« Est-ce la loi de la tutelle, ajoute M. Chavegrin, qui gou- « verne les formalités extrinsèques de la vente ? Ou re- « lèvent-elles de la loi en vigueur au lieu où on les vend ? « Supposons que la première législation permette au tu- « teur de vendre de la main à la main, et que la seconde « lui impose l'obligation de faire procéder aux enchères « publiques à la barre ou devant un notaire. Laquelle ap- « pliquerons nous ? Pour répondre à cette question, il ne « faut pas oublier que les formalités entourant l'aliénation « des biens de mineurs ont uniquement pour but de dé- « fendre ces derniers contre les dangers qui les menacent « en raison de leur jeune âge. Or, la protection qui leur « est due dépend uniquement de la loi sous laquelle fonc- « tionne leur tutelle, en conséquence, si cette loi n'im- « pose aucune forme particulière, il est loisible au tuteur « de traiter comme bon lui semble sous sa responsabilité « personnelle et sans s'occuper des règles plus ou moins « compliquées édictées par la législation du territoire où « se fait l'acte et où les biens sont situés (2) »

(1) Laurent. D. C. I. t. VI p. 218.

(2) Chavegrin op. cit. n° 31. — En le même sens, Savigny, cité, par M. Chavegrin. — Loiseau op. cit. p. 242.

Cette argumentation est spécieuse, et de prime abord on serait tenté de l'approuver sans réserves. Cependant l'objection suivante se dresse immédiatement. Et si les formes requises par la *lex tutelæ* sont impossibles à accomplir dans le pays de la situation des biens parce que, par exemple aucune autorité n'a compétence dans ce but? Dans ce cas, M. Chavegrin n'hésite pas à reconnaître que l'observation des formes de la *lex rei sitæ* s'impose. « C'est, dit-« il, le seul parti à prendre, puisque d'une part le tuteur « n'est pas autorisé par la législation de la tutelle à ven-« dre de la main à la main, et que d'autre part il n'a pas « la possibilité d'employer les formes qu'elle détermine ».

Cette concession suffit, à mon sens, à ruiner le système en question. L'analogie que l'on cherche à établir entre les *formalités habilitantes* et les *formalités extrinsèques* me semble trompeuse. Dans le premier cas, il s'agit d'influer passagèrement sur l'état du mineur, de transformer son incapacité habituelle en une capacité de circonstance, et quoique l'effet de ces modifications doive se faire sentir sur la destinée des biens que le mineur possède sur un territoire étranger, on comprend à merveille que la loi nationale ait seule qualité pour les opérer, puisque c'est elle qui régit d'une façon générale l'état et la capacité du mineur. Mais en est-il ainsi des formalités extrinsèques ? Je ne le pense pas, je crois qu'il s'agit ici simplement des formes dans lesquelles devront être faites dans un pays les ventes des biens appartenant aux incapables, formes que chaque législation a établies sans doute dans l'intérêt de ces incapables, mais ausssi en prenant en considération l'intérêt des tiers, leur utilité n'étant pas seulement de protéger le mineur, mais aussi de rendre irrévocables les ventes dont il s'agit, et par suite de donner la sécurité aux

acquéreurs. Si ces formes étaient prescrites uniquement dans l'intérêt des mineurs, comment admettre que leur seul accomplissement puisse leur enlever le droit de se faire restituer contre les conséquences d'une opération désastreuse (1) ? Cette obligation absolue où leur observation régulière met les incapables d'accepter les résultats quels qu'ils soient de l'aliénation, suffit à leur donner leur véritable caractère. La capacité du mineur est complétée par l'adjonction des formalités habilitantes : la loi nationale a désormais fait son œuvre. Si l'aliénation a lieu en pays étranger, elle ne peut avoir la prétention d'imposer en ce pays l'emploi des formes qu'elle a édictées en pareil cas pour être observées sur le territoire où elle commande ; elle doit céder le pas à la loi étrangère qui seule a qualité pour dire dans quelles formes doit avoir lieu chez elle l'aliénation des biens des incapables.

Ce dernier système a pour lui les auteurs les plus récents et la jurisprudence.

« La nécessité de recourir à certaines formalités pour « l'accomplissement d'actes intéressant les incapables est « établie pour leur protection et doit dépendre de leur loi « nationale. Mais la façon même dont ces formalités se- « ront remplies est réglée par la loi locale, d'après le prin- « cipe *Locus regit actum*. Ainsi un tuteur français ne « pourra en pays étranger vendre un bien de son pupille « qu'en suivant les formes de la vente en justice, mais

(1) Cf. L. 7. §. 8 D. 4, 4. — *Quæsitum est, ex eo, quod in lucro quoque minoribus subveniendum dicitur, si res ejus venierit et existat, qui plus liceatur, an in integrum propter lucrum restituendus sit ? et cottidie prætores eos restituunt, ut rursum admittatur licitatio.*

« la loi étrangère déterminera quelles sont les formalités « qui rentrent dans les règles de procédure (1) ».

Par deux arrêts, l'un du 22 novembre 1864 et l'autre du 5 janvier 1867, la Cour de Liège avait adopté cette manière de voir. Elle avait motivé le premier de ces arrêts en alléguant que les formalités employées pour la vente des biens des incapables se rattachent au statut réel et touchent à l'ordre public; dans le second, elle déclare simplement que les formes de la *lex rei sitæ* doivent être observées par application de la règle : *Locus regit actum*.

Par un arrêt du 4 mai 1886, la Cour de Bruxelles a décidé que les Tribunaux pouvaient, en autorisant la vente de biens immobiliers appartenant à des mineurs dont la tutelle s'était ouverte en Belgique, et en égard à ce qu'exigeait l'intérêt des mineurs, ordonner que les biens situés à l'étranger seraient vendus d'après les formalités prescrites par la législation du pays où ils sont situés (2).

Il résulte donc de la doctrine consacrée par cet arrêt que les tribunaux peuvent, ou retenir devant eux l'adjudication qui aura alors lieu naturellement dans les formes de la *lex tutelæ*, ou ordonner qu'elle ait lieu à l'étranger conformément aux règles prescrites par la *lex rei sitæ*, et

(1) Despagnet op. cit, p. 469. — V. aussi Surville et Arthuys op. cit. p. 321 note 4 et Weiss op, cit. p. 417.

« Tout ce qui tient à la capacité du mineur et à sa représentation « doit se faire en conformité de sa loi de statut personnel. La loi lo- « cale doit être suivie pour ce qui appartient à la procédure ou au « statut réel. C'est ainsi par exemple que quand il s'agit d'un par- « tage, les art. 815 et 883 Code civil, seront applicables à l'étranger « comme au national, quant aux immeubles situés en France. Tout « ce qui est procédure doit se faire en conformité de la loi territoriale.» Brocher op. cit. nº 110.

(2) J. D. I. P. 1886 p. 733.

qu'ils doivent dans leur décision s'inspirer de l'intérêt du mineur. On ne peut qu'approuver cette doctrine.

Après les explications que je viens de donner au sujet de la vente, j'ai peu de choses à dire des autres actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du Tribunal : il y aura lieu d'appliquer les mêmes règles à la solution des conflits qui pourront s'élever à leur occasion.

En supposant par exemple un mineur espagnol propriétaire d'immeubles en France sur lesquels il s'agit de contracter un emprunt, il faudra observer les règles du droit espagnol en ce qui concerne le mode d'habilitation. L'autorisation nécessaire sera donnée par l'autorité tutélaire dont relèvele mineur et qui sera le Tribunal du dernier domicile du père et du tuteur en Espagne. La seule formalité à remplir en France sera la demande d'exequatur (1).

D'après la loi du 27 février 1880, l'homologation du Tribunal est requise pour les délibérations des conseils de famille autorisant l'aliénation des meubles incorporels des mineurs lorsque leur valeur dépasse quinze cents francs. Il est évident que l'observation de cette règle s'impose même pour le cas où les valeurs à aliéner appartenant à un mineur français consisteraient en titres à l'étranger.

Dans l'hypothèse contraire où il y aurait lieu d'aliéner des valeurs françaises appartenant à un mineur étranger, c'est à la *lex tutelæ* qu'il faudrait laisser le soin de dire à quelles mesures de protection il y a lieu de recourir dans l'intérêt de ce mineur, sans tenir compte de la loi de 1880 (2).

(1) V. J. D. I. P. 1879 p. 271.

(2) Voir Cour de Paris 27 juin 1888. J. D. I. P. 1890 p. 946 et Tribunal de Marseille 3 août 1888. J. D. I. P. 1890 p. 943.

Le Congrès Sud-Américain, s'est rallié à la doctrine réaliste en ce qui concerne les pouvoirs des tuteurs sur les biens des mineurs. L'article 22 du Traité de Droit Civil International est ainsi conçu : « Les pouvoirs des tuteurs et « des curateurs relativement aux biens que les incapables « se trouveraient avoir hors du lieu de leur domicile, se- « ront exercés conformément à la loi du lieu où les biens « sont situés »

Actes interdits au tuteur.

Enfin, il existe un certain nombre d'actes qui d'après la loi française demeurent absolument interdits au tuteur. C'est ainsi qu'il ne peut accepter purement et simplement une succession échue à son pupille ; faire pour lui un compromis ; disposer à titre gratuit de ses biens ; acheter soit à l'amiable, soit aux enchères ses biens mobiliers et immobiliers ; accepter la cession d'aucun droit et créance contre lui.

Toutes les difficultés que j'ai signalées et qui naissent à l'occasion des conditions moyennant lesquelles certains actes doivent être faits, ne peuvent naître ici puisqu'il s'agit d'actes dont l'accomplissement est proscrit d'une manière absolue.

Quant au point de savoir si tel acte est défendu ou non, il faut évidemment le trancher en consultant la loi nationale du mineur. Cette règle ne pourrait être écartée que si l'ordre public du pays où il s'agit de passer l'acte devait en recevoir quelque atteinte, mais il est facile de voir par l'examen des actes énumérés plus haut qu'il n'en est aucun dont la prohibition intéresse l'ordre public.

CHAPITRE IV

DE LA FIN DE LA TUTELLE ET DES GARANTIES OCCORDÉES AUX MINEURS CONTRE LES TUTEURS.

Les conflits susceptibles de se produire à l'occasion de la cessation de la tutelle et des comptes que le tuteur doit rendre seront encore tranchés par l'observation des prescriptions de la loi nationale du mineur sur les points en litige.

Aussi, s'agissant de la tutelle d'un mineur français, les articles 474 et 475 recevront leur application. Il en est ainsi de l'article 472. « La règle de l'article 472, dit un « auteur, nous paraît se lier étroitement à l'organisation « de la tutelle. Elle n'est qu'un des éléments accessoires « du système général de protection organisé par la loi en « faveur du mineur, une conséquence des principes qui « ont présidé à cette organisation. C'est par suite la loi « de la tutelle, celle qui a déterminé les conditions de la « gestion du tuteur qui devra servir à résoudre les con- « flits de lois qui pourraient s'élever sur la validité des « traités intervenus entre le tuteur et son ex-pupille » (1).

Afin de mettre le pupille à l'abri des conséquences qui pourraient résulter pour lui d'une mauvaise administra-

(1) Raoul Jay. J. D. I. P. 1885 p. 529.

tion, quelques législations lui accordent des garanties contre son tuteur. Ces garanties peuvent être diverses, mais il est manifeste que la *lex tutelæ* qui fixe les pouvoirs et les obligations du tuteur, est aussi la seule compétente pour déterminer l'étendue des responsabilités qu'il encourt, quand il a dépassé les uns et méconnu les autres.

Des difficultés peuvent malgré tout s'élever quand il s'agit des sûretés réelles et spécialement de l'hypothèque légale. Le régime hypothécaire se lie en effet d'une façon absolument intime à la condition générale des biens envisagés en eux-mêmes, et sur la question de l'hypothèque légale, le statut personnel et le statut réel se trouvent directement aux prises.

Le premier point à débattre, serait celui de savoir si les étrangers ont la jouissance du droit d'hypothèque légale en France ; j'en réserverai cependant l'examen pour la fin, les considérations qui vont suivre ayant leur raison d'être, même dans le système qui le leur refuse, en supposant qu'il s'agit d'étrangers favorisés par un traité ou ayant obtenu l'autorisation de domicile.

Il faut d'abord établir que les incapables étrangers auxquels cette garantie appartient en vertu de leur législation, ne sont pas pour cela fondés à s'en prévaloir dans les pays où l'hypothèque légale est inconnue. Ainsi un mineur français ne peut prétendre à faire porter son hypothèque légale sur les biens de son tuteur qui sont situés en Prusse. En refusant à ses propres nationaux le bénéfice d'une sûreté qui affecte si profondément la propriété foncière, la loi prussienne s'est évidemment inspirée de principes économiques qui, à son point de vue, intéres-

sent au plus haut point l'ordre public international (1).

D'après une autre opinion, la règle posée en ces termes serait trop absolue.

« Il suffit, dit M. Despagnet, que la loi du pays où les « biens sont situés admette le droit d'hypothèque en « général pour que l'incapable étranger puisse se prévaloir « de cette garantie quand sa loi nationale l'a établie à « son profit » (2).

D'après cet auteur, le droit d'hypothèque en général rentre seul dans le statut réel ; l'hypothèque légale « n'est qu'une garantie de la protection des incapables » et « elle dépend, quant à son existence et à son organisation, « de la loi qui régit cette protection. » Mais cette manière de voir paraît difficile à admettre. Il est certain qu'en France par exemple, les diverses variétés d'hypothèque reconnues par la loi touchent à un égal degré au régime de la propriété, chacune par soi-même, et indépendamment du principe qui leur est commun.

Mais puisque l'hypothèque légale rentre ainsi dans le statut réel, ne faut-il pas aller plus loin et dire qu'elle lui appartient d'une façon exclusive, de sorte que les incapables à qui elle est refusée par leur loi nationale, peuvent quand même s'en prévaloir en France ?

Quelques auteurs l'admettent en se fondant sur les termes généraux de l'article 3, alinéa 2 du Code Civil (3).

(1) Weiss, op. cit. p. 419. — Surville et Arthuys, op. cit. p. 395. — Chavegrin, op. cit. n° 36.

(2) Despagnet, op. cit. p. 624.

(3) Merlin Rep. V° Remploi § 2 n° 9. — Troplong ; Privil. et hypoth. n° 429. — Pont ; Privil. et hyp. n° 489 ; comp. n°s 431-433. — Brocher, cours de D. I. P. p. 251. — Grenoble 19 juillet 1849 Dall. 51. 2. 10. Alger 25 mai 1860 (arrêt cassé) Dall. 62. 1. 203 (Tous ces auteurs et arrêts sont cités par M. Chavegrin op. cit. n° 37 et note.)

« Ce système, dit M. Weiss, tombe devant cette considé-
« ration que le régime de la propriété foncière et par suite
« l'ordre public international, ne seront en aucune ma-
« nière compromis si le mineur prussien n'a pas de droit
« d'hypothèque à prétendre sur les biens de son tuteur.
« L'intérêt de l'État est sauf, d'autant plus sauf que la li-
« berté des héritages est un des éléments de la richesse
« publique, et si l'intérêt privé du pupille est exposé à
« subir quelque lésion, celui-ci ne peut s'en prendre qu'à
« sa loi personnelle qui, en organisant sa tutelle, a jugé
« qu'il était inutile de joindre aux sûretés qu'elle lui at-
« tribue vis-à-vis de son tuteur, la garantie d'une hypo-
« thèque » (1).

Si donc l'hypothèque légale se rattache au statut réel par certains points, si notamment les motifs pour lesquels elle n'a pas été admise dans certains pays au profit des nationaux, doivent *à fortiori* y provoquer son exclusion quand il s'agit d'étrangers, il est également certain qu'elle n'en revêt pas moins le caractère d'une mesure de protection établie en faveur de l'incapable, et dont l'existence doit être en germe dans son statut personnel. « Quant au
« point de savoir, disent aussi MM. Surville et Arthuys,
« si telle ou telle personne a droit à une hypothèque légale
« à raison de sa condition, nous ne sommes plus dans le

La loi belge du 16 décembre 1851, article 2 additionnel a formellement consacré ce système. « Le mineur étranger, quand même « la tutelle aurait été déférée en pays étranger, aura hypothèque lé-« gale sur les biens de son tuteur situés en Belgique, dans le cas et en « conformité des dispositions énoncées au § 1er, section 1re, chapitre « III de la présente loi... si l'inscription est fondée sur des actes pas-« sés à l'étranger, elle ne pourra être prise qu'après que ces actes au-« ront été visés par le président du Tribunal de la situation de ces « biens... »

(1) Weiss op. cit. p. 418-419.

« domaine du statut réel. Il faut consulter la loi person-
« nelle de la femme. Décider en effet que la femme aura
« hypothèque quand sa loi ne lui accorde pas cette garantie
« n'est pas raisonnable. Il se peut très bien que la légis-
« lation étrangère ait sauvegardé autrement ses droits,
« qu'elle lui ait octroyé d'autres garanties un cautionne-
« ment, par exemple. Dans les cas de ce genre, pourquoi
« donc accorderait-on à la femme étrangère une hypothè-
« que sur les biens que possède son mari serait exorbi-
« tant. Il faut par suite arriver à cette conclusion que
« l'hypothèque légale de la femme n'est pas à tous égards
« une dépendance du statut personnel, elle en dépend du
« moins en tant qu'il s'agit de savoir si une femme étran-
« gère va pouvoir l'invoquer en France » (1).

Il y aura toutefois à faire à la loi territoriale une part autre que celle que j'ai déjà indiquée ; c'est à elle encore qu'il faudra demander si l'hypothèque légale doit être soumise aux conditions de la spécialité et de l'inscription ; quelle sera son étendue et en quel rang elle sera admise. Toutes ces règles sont établies dans l'intérêt des tiers et du crédit public et par suite elles se rattachent à l'ordre public international.

Le système d'après lequel l'incapable étranger ne peut prétendre à l'hypothèque légale en France sur les biens de ce tuteur, que si sa loi personnelle lui reconnaît elle-même cette garantie, a soulevé une objection. MM. Surville et Arthuys se sont demandé si cette solution n'est

(1) Surville et Arthuys op. cit. p. 393. — Asser et Rivier op. cit. § 17, n° 59, note 3. « L'hypothèque légale que les lois accordent aux incapables n'aura d'effet que lorsque la loi de l'Etat sur le territoire duquel s'exerce la charge de tuteur concordera avec celle de l'Etat où se trouvent situés les biens affectés par cette hypothèque. » (Traité de *D.* C. J. de Montévidéo).

pas incompatible avec la règle qui découle de l'article 2128 du Code Civil. D'après cet article, l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter en France de contrats passés à l'étranger : à plus forte raison une loi étrangère doit elle être impuissante à conférer en France un droit d'hypothèque légale. « L'objection, ajoutent-ils, est embarras-« sante, mais elle n'est pas insoluble. On peut dire « d'abord que la disposition de l'article 2128 n'est qu'une « maladresse à imputer aux rédacteurs du Code Civil, et « que l'on ne doit pas en argumenter dans une situation « qui après tout n'est pas la même. Et puis ne peut-on pas « directement repousser l'objection en disant peut-être « un peu subtilement, mais enfin ceci me paraît exact, « que l'hypothèque légale n'existe pas comme on le pré-« tend, en vertu de la loi étrangère, mais bien en vertu « de la loi française, la loi du pays étranger venant seu-« lement habiliter la femme à se prévaloir de la loi « française » (1).

J'ai réservé pour la fin la plus grave question. Suffit-il que sa loi personnelle lui reconnaisse le droit d'hypothèque légale pour que le mineur étranger puisse l'invoquer en France ? L'hypothèque légale n'est-elle pas un droit civil *stricto sensu* dont la jouissance est interdite aux étrangers, dans les termes de l'article 11 ?

« Si l'hypothèque conventionnelle qui dépend entière-« ment de la volonté des parties, est un droit civil, répond « M. Laurent, à plus forte raison doit-on considérer « comme tel l'hypothèque légale. En effet cette hypothèque « est une création de la loi, elle n'existe qu'en vertu « de la loi. S'il y a un droit civil, c'est celui-là ».

(1) Surville et Arthuys op. cit. p. 394.

Ce raisonnement ne me paraît pas sans réplique. L'hypothèque conventionnelle en effet n'est pas un droit civil dans le système du Code, puisque les étrangers peuvent s'en prévaloir comme les Français pourvu que l'acte qui la constitue soit dressé conformément aux lois françaises. L'article 2128 dit seulement : « Les contrats « passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothè- « que sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions « contraires dans les lois politiques ou les traités » ; cet article ne porte pas atteinte au droit des étrangers d'être bénéficiaires de l'hypothèque conventionnelle en France, il exclut seulement la faculté de faire résulter cette hypothèque d'un acte passé en pays étranger et la prohibition qu'il contient s'applique même aux Français (1).

La Jurisprudence est très ferme dans sa manière d'envisager la question.

Le tribunal de la Seine affirme que « l'hypothèque légale « que la loi française accorde aux mineurs sur les biens « de leurs tuteurs est un statut personnel en même temps « qu'un droit purement civil réservé aux mineurs fran- « çais (2) » et la Cour de Paris, dans une espèce où il s'agissait de l'hypothèque légale des femmes mariées motive ainsi qu'il suit, une décision rendue dans le même esprit (3) :

(1) Surville et Arthuys op. cit. p. 388. — Pour ces auteurs, l'art. 2128 est le résultat d'une erreur de la part des rédacteurs du Code, qui tout en reconnaissant que le droit d'hypothèque procède directement de la volonté des parties, n'en ont pas moins agi sous l'impression de l'idée ancienne d'après laquelle une hypothèque générale était attachée à la force exécutoire des actes.

(2) 12 juillet 1883. J. D. I. P. 1883, p. 514.

(3) 13 août 1889. J. D. I. P. 1889, p. 48. — V. aussi Cass. 4 mars 1884. J. D. I. P. 1884, p. 502. — Oberlandergericht de Colmar 2 mars 1887. J. D. I. P. 1889, p. 308. — Alger 20 décembre 1886. J. D. I. P. 1889, p. 299.

« Attendu que l'hypothèque légale a sa raison d'être « dans cette considération que la femme mariée devenue « créancière de son mari est réputée ne pouvoir stipuler « librement de ce dernier en vue d'un paiement de sa cré- « ance des sûretés conventionnelles ; que c'est ce défaut de « liberté né de l'état de dépendance où la loi française sur « le mariage place la femme vis-à-vis du mari, qui a déter- « miné le législateur à y suppléer en créant, au profit de « la femme mariée, une garantie hypothécaire non subor- « donnée à un contrat..., qu'une mesure de protection « aussi exceptionnelle se relie donc étroitement à l'ins- « titution du mariage, institution dont le règlement quant « à la personne et aux biens des époux dans leurs rap- « ports respectifs, est exclusivement applicable aux Fran- « çais, que les droits particuliers qui résultent entre les « époux de cette réglementation et notamment l'hypothèque « légale de l'article 2181 du Code civil sont de purs droits « civils dans le sens des articles 11 et 13 du même Code... »

M. Renault en présentant dans la *Revue Critique* (1885 p. 593) quelques considérations sur la question, avait cherché à établir une sorte d'analogie entre le privilège et l'hypothèque légale. D'après lui le premier n'est en somme qu'une hypothèque légale prévilégiée, et puisque personne ne met en doute que les étrangers soient admis à s'en prévaloir en France, on doit admettre la même solution en ce qui concerne l'hypothèque légale. Mais on peut voir par les jugements et arrêt précités que la Jurisprudence se refuse à considérer cette dernière comme une simple qualité de la créance, elle en fait de plus une qualité de la personne titulaire de la créance, et par suite comme une dépendance de l'état des mineurs et des femmes mariées.

En reconnaissant ce point de vue comme exact, en résulte-t-il un motif suffisant de refuser encore de nos jours le bénéfice de l'hypothèque légale aux étrangers? Évidemment oui, lorsque cette sûreté ne leur appartient pas en vertu de leur propre loi (1), mais dans le cas contraire, cela me paraît moins certain. Le législateur étranger qui a accordé l'hypothèque légale à ses nationaux incapables, s'est évidemment inspiré de motifs analogues à ceux qui ont guidé le législateur français ; il semblerait dès lors rationnel d'admettre que cette qualité de leurs personnes, ce statut personnel pût les accompagner sur le territoire français et y produire effet sur les biens sans aucun obstacle. « La loi, dit ici excellemment M. Laurent, intervient « en faveur des mineurs, parce qu'ils sont incapables ; les « mineurs étrangers sont-ils moins incapables ? »

Il est à désirer que la justice française se départisse de la rigueur qu'elle a jusqu'ici témoignée, et qu'un mineur étranger ne soit pas exposé à rester sans défense sur notre sol contre l'incapacité ou l'infidélité de son protecteur légal, précisément parce que sa propre loi lui aura accordé la même sûreté que celle qui est reconnue en pareil cas par notre législation. Il y a toutefois peu d'espoir que ce désir se réalise ; c'est toujours dans la doctrine de l'intérêt qu'il faut chercher les véritables motifs dont s'inspire la Jurisprudence pour maintenir dans le droit des gens la stricte application de la maxime politique *do ut des* érigée par l'article 11 en principe juridique, et les circonstances ne permettent pas de prévoir encore son prochain abandon. Cependant ainsi qu'on l'a fait observer,

(1) On a vu plus haut que la loi belge même dans cette hypothèse, reconnaissait aux incapables étrangers la jouissance du droit d'hypothèque légale.

« un peuple gagne toujours à proclamer chez lui, sans « restrictions ni conditions, le principe de la vérité » (J. D. I. P. 1893 p. 608) (1).

Nos tribunaux admettent exceptionnellement les étrangers au bénéfice de l'hypothèque légale dans les circonstances suivantes.

a. — Lorsque le mineur étranger a son domicile en France en vertu d'une autorisation régulière, par application de l'article 13.

b. — Lorsqu'il existe un traité entre la France et la nation à laquelle appartient l'incapable, conformément à l'article 11 lui-même.

Ainsi la jurisprudence décide que la femme italienne peut invoquer son hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, en vertu du traité du 24 mars 1860 (2).

Elle accorde le même avantage à la femme suisse (article 1er des conventions des 30 mai 1827 et 30 juin 1864. — Traité du 15 juin 1869) (3).

Enfin la Cour de Paris, par arrêt du 13 août 1889, a admis que la femme ottomane peut se prévaloir de son hypothèque légale en France. Elle se base sur ce que la loi ottomane du 16 juin 1867 reconnaît l'hypothèque légale des femmes françaises en Turquie. Or, cette loi d'après elle

(1) Toutefois l'avant-projet du comité de rédaction et d'études sur les hypothèques légales de la commission extra parlementaire du cadastre, contient les dispositions suivantes :

Art. 9. — La femme étrangère jouit du bénéfice de l'hypothèque légale lorsqu'un semblable droit est reconnu par la loi de son pays.

Art. 18. — Les mineurs et interdits non Français ont l'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs situés en France lorsque cette hypothèque leur est reconnue par la loi de leur pays.

(2) J. D. I. P. 1882, p. 393.

(3) J. D. I. P. 1879, p. 392.

équivaut à un traité à la suite de sa confirmation par le protocole du 9 juin 1868 (1).

Il faut évidemment appliquer les mêmes règles aux mineurs qu'aux femmes mariées de ces divers pays.

Par contre, malgré le traité de 1862, il y a lieu de refuser aux mineurs espagnols le bénéfice de l'hypothèque légale en France, les mineurs français ne pouvant s'en prévaloir en Espagne (2).

c. — Quand la tutelle d'un mineur étranger a été organisée en France, à titre provisoire. « Alors en effet l'inca-
« pable, dit M. Weiss, ne trouve dans sa loi personnelle
« aucune garantie équivalente à l'hypothèque ou propre
« à la suppléer. Lui refuser le bénéfice de l'article 2121
« du Code Civil, ce serait le laisser sans défense contre
« les dilapidations et les abus de gestion de son tuteur.
« La loi de la tutelle est à titre provisoire tout au moins
« et dans une vue d'ordre public, la loi française, à elle
« seule il appartient de sanctionner par une sûreté réelle,
« les obligations du tuteur qu'elle appelle à prendre soin
« du mineur étranger (3) ».

MM. Aubry et Rau avaient dit également : « Du mo-
« ment où l'on admet qu'il y a lieu par mesure provisoire
« de police et de sûreté, de nommer en France un tuteur
« au mineur étranger qui s'y trouve sans défenseur, il
« faut pour être conséquent, accorder à ce mineur toutes
« les garanties qui d'après l'esprit de notre législation,
« sont indispensables pour la protection efficace de ses
« intérêts et notamment l'hypothèque légale, sans la con-
« cession de laquelle la tutelle prétendûment établie dans

(1) J. D. I. P. 1889, p. 848.
(2) J. D. I. P. 1878, p. 41.
(3) Weiss. op. cit. p. 420.

« le but de conserver le patrimoine du mineur, pourrait « en réalité devenir la cause de son entière dilapidation. « La position du mineur étranger est à cet égard complé- « tement différente de celle de la femme étrangère, puisque « la tutelle est imposée au premier, tandis que le mariage « n'est pour la seconde qu'un fait purement volon- « taire (1) ».

d. — Enfin, la jurisprudence permettait également d'invoquer le droit d'hypothèque légale au mineur qui, né en France d'un étranger, avait à sa majorité réclamé la qualité de Français (ancien article 9 du Code Civil), attribuant ainsi à sa nationalité nouvelle un effet rétroactif assez curieux (2). Il n'y a aucun motif de ne pas maintenir la même exception au profit de l'individu né en France d'un étranger, qui obtient la qualité de Français dans les conditions prévues par le nouvel article 9.

Une dernière garantie que les législations accordent en général à l'incapable, consiste dans la faculté qui lui est accordée de faire prononcer par la justice la nullité des actes que son tuteur a faits en excédant ses pouvoirs ou ceux que lui-même aurait pu accomplir au mépris de son incapacité. « C'est d'après la loi de l'État dont chacun est « citoyen, dit Fiore, qu'on doit apprécier les actions en « rescision, en restitution ou en nullité pour défaut de « capacité, car comme l'a dit Cujas : *Restitutio in inte-* « *grum est in personam : personale enim beneficium est :* « *cur enim restituitur ? ob infirmitatem ætatis* » (3).

(1) Aubry et Rau op. cit. p. 307 § 78, note 66. — Cour de Bourges 4 août 1874. — Sirey 1875. 2 69.

(2) Toutefois le jugement précité du Tribunal de la Seine du 12 juillet 1883 n'a pas confirmé cette théorie.

(3) Fiore op. cit. n° 453.

Aussi, lorsqu'il s'agira de mineurs français, il faudra appliquer la règle fondamentale en pareille matière de l'article 1123 du Code Civil.

On sait aussi que le Code Civil français a fixé la durée ordinaire de l'action en nullité ou en rescision à dix années, qui commencent à courir du jour de leur majorité en ce qui concerne les mineurs; ce délai n'est pas le même dans toutes les législations; d'après le Code Civil des Pays-Bas notamment, il n'est que de cinq années. Il y a dans cette diversité, les éléments d'un conflit qu'il faudra résoudre en principe en prenant pour guide la loi nationale de l'incapable. Mais cette règle doit-elle recevoir son application quand il s'agit d'annuler un acte relatif aux immeubles ? La Cour de Liège ne l'a pas pensé ; en se fondant sur ce que « la disposition de l'article 1304 du « Code Civil qui fixe la durée de l'action en nullité ou en « rescision des conventions a été édictée dans un intérêt « public pour que les propriétés ne restent pas incertaines « et constitue une loi réelle à laquelle les étrangers sont « soumis comme les régnicoles », elle a admis une action en nullité de vente d'immeubles situés en Belgique intentée par des Néerlandaises, bien que cette action fut prescrite aux termes de la loi hollandaise précitée (1).

Fiore qui rapporte cette décision ajoute « Il faut consi- « dérer que tant vaut l'action judiciaire instituée pour le « protéger, tant valent par la suite l'action et le terme éta- « blis par la loi pour exercer utilement cette action. Or, « il nous paraît clair que le droit pour l'incapable de de- « mander la *restitutio in integrum*, l'action judiciaire et « le terme pour agir utilement, tout en un mot repose

(1) 31 déc. 1879. J. D. I. P. 1881, p. 87.

« sur la même idée juridique, celle de la protection légale « de l'incapable et comme cette protection doit appartenir « à la loi personnelle de chacun, de cette même loi doit « dépendre non seulement le droit, mais encore la pres- « cription de l'action, et on ne saurait faire aucune diffé- « rence suivant que la cause qui donne lieu à l'action est « un contrat relatif à une chose mobilière ou à un im- « meuble ».

Malgré la haute autorité de cette critique, je me rangerai à la théorie de la Cour de Liège dont les raisons me paraissent devoir être admises de préférence.

CHAPITRE V

DE L'ÉMANCIPATION ET DE LA CURATELLE

Je dirai quelques mots très brefs sur l'émancipation et la curatelle.

C'est à la majorité du mineur que doivent naturellement prendre fin les mesures établies pour sa protection ; cependant, même avant cette époque, la loi permet qu'il lui soit conféré au moyen de l'émancipation, une demi-capacité qui l'autorise à prendre part dans de certaines limites à l'administration de sa fortune. Elle fait même résulter de plein droit cette faveur de l'union du pupille survenue au cours de sa minorité.

Les articles 476, 477 et 478 du Code Civil qui traitent des conditions auxquelles l'émancipation peut avoir lieu sont ainsi conçus :

« Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage « (476) »

« Le mineur, même non marié, pourra être émancipé « par son père ou à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il « aura atteint l'âge de quinze ans révolus... Cette émancipa- « tion s'opèrera par la seule déclaration du père ou de la « mère reçue par le juge de paix assisté de son greffier « (477).

« Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais « seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être éman-

« cipé, si le conseil de famille l'en juge capable. En ce cas, « l'émancipation résultera de la déclaration qui l'aura « autorisée et de la déclaration que le juge de paix, comme « président du conseil de famille, aura faite dans le même « acte, que le mineur est émancipé » (478).

L'article 479 reconnaît à tout parent ou allié jusqu'au degré de cousin germain le droit de provoquer l'émancipation du mineur, pour le cas où le tuteur s'abstiendrait de toute diligence dans ce but.

Quant aux effets de l'émancipation, ils consistent à investir le mineur du droit de faire seul en général tous les actes « qui ne sont que de pure administration ». Il ne peut accomplir les actes plus importants, même recevoir un capital mobilier et en donner décharge, qu'avec l'aide d'un curateur qui lui est toujours nommé par le conseil de famille et qui doit l'assister pour la réception de son compte de tutelle. Enfin certains actes particulièrement graves, tels que l'emprunt, l'aliénation et la constitution d'hypothèque restent soumis pour leur perfection aux mêmes formalités que lorsqu'il s'agit d'un mineur ordinaire.

L'émancipation ayant pour résultat de modifier dans un sens favorable l'incapacité dont était frappé le mineur et d'accomplir ainsi une transformation dans son état, doit être gouvernée par la loi même de qui relève son statut personnel. C'est donc à la loi nationale du mineur qu'il faudra s'adresser pour résoudre les conflits susceptibles de résulter de la diversité des législations sur ce point (1).

(1) Weiss, p. 422 et 423. — Brocher, op. cit. nº 109. « C'est à la « loi personnelle du mari, dit ce dernier auteur, qu'il faut recourir « comme devant régir l'émancipation résultant du mariage. Cette « règle et la conséquence de ce que la femme revêt la nationalité du « mari et de ce que l'autorité de celui-ci doit se combiner avec la ca- « pacité conférée à la femme. »

C'est elle qui dira tout d'abord si l'émancipation peut être concédée au mineur et à quelles conditions. Ainsi la loi anglaise ne reconnaissant pas cette institution juridique, un mineur anglais ne pourra pas en recueillir le bénéfice en France, même comme effet de son mariage contracté sur le territoire français, l'ordre public international n'étant pas intéressé dans la circonstance (1). De même un mineur italien ne pourra être émancipé en France par son père ou sa mère que lorsqu'il aurait atteint l'âge de dix-huit ans révolus, la loi italienne ne permettant pas que cet avantage lui soit accordé avant cette époque, en dehors du cas de mariage.

La même loi déterminera l'étendue des effets de l'émancipation et le nouveau mode d'assistance dont le mineur doit être pourvu, si son incapacité subsiste en partie. Il n'y aura pas lieu par suite de faire nommer un curateur au mineur italien émancipé en France, lorsqu'il aura son père ou sa mère, la loi italienne, contrairement à la loi française, reconnaissant la curatelle légale du père et de la mère.

Enfin les effets attachés à l'émancipation par la loi personnelle du mineur étranger devront être admis en France sans restrictions, sous la seule réserve habituelle qu'ils ne seront pas en contradiction avec les règles qui y sont considérées comme étant d'ordre public international. Aux Pays-Bas, l'émancipation n'est autre chose qu'une déclaration anticipée de majorité consentie au profit du mineur par la Haute Cour et approuvée par le roi, et elle lui confère une capacité entière, certains actes de disposition pouvant toutefois lui être formellement interdits par la Cour. Il en résulte qu'un mineur hollandais ayant

(1) Weiss op. cit. p. 423.

bénéficié d'une déclaration anticipée de majorité sans que la Cour ait apporté aucune restriction à sa capacité, pourra aliéner les immeubles qu'il possède en France, exactement comme s'il était naturellement majeur.

Au cas d'un mineur français émancipé en pays étranger, c'est la loi française qui fixera les conditions et les effets de l'émancipation. Le mineur devra donc être pourvu d'un curateur nommé toujours par le conseil de famille, et les pouvoirs du mineur lui-même ainsi que les attributions du curateur seront déterminés par la même loi, à l'exclusion de celle du pays où l'émancipation aura lieu. Les obstacles que rencontrera l'application de ce principe chez certaines nations étrangères étant les mêmes que ceux auxquels se heurte, au cas de minorité, l'application de la *lex tutelæ*, je ne reviendrai pas sur ce point.

Une difficulté doit être prévue en ce qui concerne les formes de l'émancipation. Faudra-t-il en pays étranger recourir obligatoirement à la déclaration devant le juge de paix prescrite par les articles 477 et 478 du Code Civil, ou sera-t-il possible d'observer les règles prescrites par la loi locale ? « Il n'y a aucune raison, dit M. Weiss, pour « laisser ici de côté la règle : *Locus regit actum*. Encore « que dans notre droit l'émancipation constitue un acte so- « lennel, les difficultés auxquelles se heurtera souvent sur « le sol étranger l'observation exclusive des formes impo- « sées par la loi française, rendent aussi utile en notre « matière qu'en aucune autre, le tempérament que cette « règle apporte à la personnalité rigoureuse du droit » (1). M. Brocher qui professe la même opinion fait les réserves suivantes : (op. cit. nº 109). « On se demande toutefois

(1) Weiss op. cit. p. 424 et les auteurs cités note 1, en ce sens et en sens contraire.

« en quelle qualité le juge de paix procède en matière « d'émancipation. S'il agissait en qualité de magistrat « prenant une décision comme représentant l'autorité « supérieure, il faudrait se demander s'il serait pos- « sible de trouver à l'étranger, une magistrature analogue « ayant droit de procéder compétemment quand il s'agit « d'un Français.

« La question se présente sous deux aspects différents « selon qu'il s'agit de l'article 477 ou 478. Dans le pre- « mier cas, le juge de paix n'agit bien certainement qu'en « qualité d'officier ministériel ne faisant autre chose que « de recevoir et constater une déclaration ; dans le second, « c'est comme membre et Président du conseil de famille. « Ceci nous conduit à dire que l'émancipation qui doit « être procédée par le conseil de famille ne peut avoir lieu « qu'en France. »

Il s'agit du reste en tout ceci des formes pures de l'émancipation. S'il y a des *formalités habilitantes* à remplir, elles seront sans contredit soumises à la loi personnelle du mineur.

Enfin, il est possible que le mineur français se trouve dans un pays dont la législation ignore l'émancipation ou encore que les autorités qui auraient compétence pour la prononcer, quand il s'agit de leurs nationaux, refusent de s'associer à cette mesure quand elle concerne un étranger. Dans ce cas les règles que j'ai reproduites à propos du rôle incombant aux consuls français en matière de tutelle recevront ici leur application. Ainsi qu'on a pu l'observer, les traités précités conclus avec divers pays étrangers confèrent à ces fonctionnaires le soin d'organiser non seulement la tutelle, mais aussi la curatelle de leurs nationaux.

En Suisse, la Cour supérieure a déclaré évident que l'émancipation étant une modification apportée à la capacité du mineur, rentrait dans la matière de la tutelle régie par l'article 10 du traité franco-suisse de 1869 et cassant un jugement du Tribunal de Fribourg du 30 janvier 1884, elle a déclaré la juridiction suisse incompétente pour statuer sur l'émancipation d'un mineur français (1).

« Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce », dit l'article 487 du Code Civil. Mais pour être apte à recueillir le bénéfice de cette disposition le mineur, d'après l'article 2 du Code de commerce, doit avoir obtenu l'autorisation préalable de son père ou à défaut de celui-ci de sa mère, ou à défaut de l'un et de l'autre de son conseil de famille dont l'avis doit alors être homologué par le Tribunal Civil ; de plus, il doit rendre public l'acte d'autorisation en le faisant enregistrer et afficher au Tribunal de commerce du lieu où il veut établir son domicile. Au cas d'un mineur français désirant faire le commerce en pays étranger, il faudra évidemment se référer aux prescriptions de la loi française pour savoir comment et par qui il sera habilité, et quelle sera au point de vue de sa capacité, l'étendue des effets de l'autorisation à lui accordée. L'hésitation ne commence que lorsqu'il s'agit de déterminer les formes de publicité dont l'acte d'autorisation doit être entouré. — « Pour « résoudre cette question, disent MM. Surville et Arthuys, « il faut se rendre un compte exact de la pensée du légis- « lateur qui a prescrit cette publicité. Or, il faut recon- « naître qu'elle n'est pas imposée dans l'intérêt des tiers et « qu'ils ne peuvent élever aucune réclamation si le mineur

(1) J. D. I. P. 1886 p. 245.

« ne s'est pas conformé à la loi. Le législateur n'a eu en « vue que les intérêts de ce dernier et il a considéré la « publicité de l'autorisation, aussi bien que l'autorisation « elle-même comme une règle protectrice dont l'observa- « tion fait naître au profit de l'incapable une action en nul- « lité. Avec ce point de départ, il faut admettre que les « formes de publicité seront tracées par la loi nationale de « l'incapable puisque cette publicité rentre dans l'ensem- « ble des mesures de protection prescrites en faveur du « mineur (1) ».

(1) Surville et Arthuys op. cit. p. 481 et 482.

APPENDICE

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA TUTELLE DES INTERDITS ET SUR LES INCAPACITÉS RÉSULTANT DE CONDAMNATIONS PÉNALES.

§ I

Tutelle des Interdits

L'homme n'a pas besoin de protection dans son enfance seulement ; il arrive malheureusement que la faiblesse persistante de ses facultés ou leur altération le placent encore à l'âge mûr dans l'impossibilité de diriger seul ses affaires : quelquefois même frappé définitivement dans sa raison, il abdique toute pensée et est exposé à devenir un danger pour la société au milieu de laquelle il vit. Le législateur a dû se préoccuper de ces situations diverses et organiser des mesures de protection en rapport avec la gravité de chacune d'elles.

« Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, « de démence ou de fureur, doit être interdit, même lors- « que cet état présente des intervalles lucides » Ainsi s'exprime l'article 489 du Code Civil qui vise la plus grave des déchéances intellectuelles que je viens de signaler. Le majeur frappé de l'interdiction prévue par la loi « est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens » (article 509). C'est le retour pur et simple à l'état d'enfance au point de vue juridique comme au point de vue moral.

L'interdiction est toujours prononcée par le Tribunal de première instance du domicile de la personne qu'il s'agit d'y soumettre. « Tout parent, dit l'article 490 du Code « Civil, est recevable à provoquer l'interdiction de son pa- « rent. Il en est de même d'un des époux à l'égard de l'au- « tre ». Le ministère public peut aussi requérir l'interdiction de tout individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus ; il le doit même dans tous les cas quand l'individu est dans un état habituel de fureur et que son conjoint et ses parents restent inactifs. Au cours de la procédure réglée par les articles 492 à 500 du Code Civil et par les articles 890 à 897 du Code de Procédure, le conseil de famille composé comme lorsqu'il s'agit de pourvoir à la tutelle d'un mineur, est appelé à donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée. Ce même conseil de famille, si l'interdiction est prononcée, nomme à l'interdit un tuteur qui le représentera désormais dans les actes juridiques pouvant l'intéresser, à moins qu'il ne s'agisse d'une femme mariée dont le conjoint a la tutelle légale. Les pouvoirs de ce tuteur comme ses obligations sont identiques à ceux du tuteur d'un mineur.

En dehors de l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, le Code Civil a prévu le cas où le majeur étant simplement atteint de faiblesse ou d'infirmité d'esprit, la mesure toujours redoutable de l'interdiction eut dépassé le degré de protection dont il convenait de l'entourer. Aussi a-t-il en cette circonstance laissé au Tribunal la faculté de borner son intervention à le pourvoir d'un conseil dont la mission est de l'assister dans les actes juridiques les plus importants. « En rejetant la demande en in- « terdiction, le Tribunal pourra néanmoins, si les circons- « tances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra

« désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un « capital mobilier ni en donner décharge, aliéner, ni grever « ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil « qui lui sera nommé par le même jugement ». (art. 499. c. c.)

La loi s'est aussi préoccupée des prodigues « dont la volonté est dépravée » et comme aux faibles d'esprit, elle prescrit de leur donner un conseil judiciaire (art. 513. c. c.

La loi du 30 juin 1838 est venue créer une nouvelle catégorie d'incapables : il s'agit des personnes internées dans une maison de santé en vertu de ses dispositions et qui ne sont ni interdites, ni pourvues d'un conseil judiciaire. Les actes juridiques qu'elles accomplissent sont en principe frappés de nullité ; exceptionnellement, ils sont valables quand ils ont été passés dans des intervalles lucides, ce qui est une question de fait laissée à l'appréciation des Tribunaux. La gestion de leurs biens est confiée à un administrateur nommé pour trois ans, dont les pouvoirs sont renouvelables et qui n'a aucun droit de disposition.

Les législations étrangères ont également pourvu en général à la protection des aliénés et des prodigues ; mais ici comme partout elles n'ont pas suivi des règles uniformes et les conflits surgissent comme en toute autre matière, aussi variés et aussi graves.

Avant d'examiner quelle est, au cas de désaccord entre des lois diverses, celle qui doit régir les effets de l'interdiction dont un étranger a été frappé, il convient de rechercher quelle est l'autorité compétente pour prononcer cette interdiction même. Faut-il décider que le Tribunal du lieu du domicile pourra remplir cette mission ou au contraire la réserver exclusivement aux Tribunaux de la nation à laquelle appartient l'aliéné ou le prodigue ?

La question qui ne se pose du reste qu'en ce qui concerne les pays où l'on admet que l'état des individus est gouverné par leur loi nationale est des plus délicates. « Pour toutes les questions d'état, dit Esperson, on doit « admettre la compétence du Tribunal du domicile. Et « même en n'admettant pas cette compétence d'une façon « générale pour les questions d'état, dans le cas particu- « lier d'interdiction, il serait nécessaire de l'admettre ; sans « parler de l'intérêt des tiers qui peuvent contracter avec « l'étranger dans le pays où il est domicilié, il est encore « dans l'intérêt de l'interdit et de sa famille d'avoir pour « juges ceux du lieu du domicile. Autrement il pourrait « arriver qu'on fût dans l'impossibilité de trouver un Tri- « bunal compétent parmi ceux de la nation à laquelle ap- « partient l'interdit » (1). La jurisprudence italienne paraît se rallier à cette doctrine et malgré un arrêt contraire de la Cour de Turin, les tribunaux italiens se reconnaissent en général compétents pour statuer sur l'interdiction des étrangers qui ont leur domicile en Italie.

La jurisprudence française n'est pas aussi formelle.

Pendant longtemps nos tribunaux ont proclamé leur incompétence absolue à connaître des questions concernant l'état et la capacité des étrangers ; ils écartaient par suite toute demande à fin d'obtenir l'interdiction de l'un d'eux ou de lui faire nommer un conseil judiciaire. Ils puisaient bien dans la notion de l'ordre public la faculté de prendre des mesures urgentes en vue d'assurer la conservation des biens de l'aliéné ; celle aussi d'ordonner l'internement de ce dernier dans une maison de santé au cas où, par suite de folie furieuse, il aurait pu mettre en péril la sécurité publique ; mais ces mesures organisées en raison de leur

(1) J. D. I. P. 1890 p. 464 et suiv.

caractère provisoire, conformément à la loi française, étaient destinées à rester sans influence sur l'état et la capacité de ceux qui en étaient l'objet.

La rigueur de cette règle aboutissait parfois à un véritable déni de justice, quand il s'agissait de personnes résidant en France depuis de longues années, n'ayant conservé dans leur patrie ni domicile, ni famille, et à qui par suite devait fatalement faire défaut la protection de leurs juges nationaux. Aussi la jurisprudence française dans un louable esprit d'équité a-t-elle créé en ce cas une exception au principe de l'incompétence. D'un jugement rendu par le Tribunal de la Seine le 19 mai 1888 (1), il résulte que « si « en principe les tribunaux français sont incompétents « pour connaître des questions concernant l'état et la capa- « cité des étrangers, cette règle n'est pas absolue dans « son application, et comporte des exceptions diverses, « spécialement lorsque les parties demeurant en France « n'ont ni domicile, ni famille connus à l'étranger, et « que le statut personnel qui les régit n'est pas contraire « à la loi française, et aussi lorsque l'ordre public est in- « téressé à la mesure sollicitée ».

Par les mêmes motifs, il faut aussi décider que la justice française devrait statuer, quand la loi nationale de

(1) J.D.I. P. 1888 p. 791. — Voir aussi jugement du même tribunal du 10 juillet 1893. — « Attendu, dit le tribunal, que si, en principe, la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers est purement facultative, il y a, d'autre part, intérêt public manifeste à ce que ceux dont les droits sont lésés trouvent des juges. — Attendu en conséquence, que les tribunaux français doivent retenir la connaissance du litige, toutes les fois que le demandeur est dans l'impossibilité de saisir un tribunal étranger par suite du défaut d'un domicile certain du défendeur, en dehors du territoire français etc. etc. (J.D.I.P. 1893 p. 1166).

l'individu mis en cause attribue compétence à la loi du domicile.

En dehors des cas que je viens de citer, c'est aux Tribunaux du pays auquel appartient l'aliéné ou le prodigue qu'il incombera de pourvoir à sa protection. Il pourra se faire que la législation de ce pays reconnaisse à ses agents consulaires le droit de prendre en territoire étranger les mesures nécessaires dans ce but. N'y aura-t-il pas lieu de laisser ces fonctionnaires procéder à leur mission sans y apporter d'entraves ? Le Tribunal de la Seine l'a pensé en reconnaissant par un jugement du 26 décembre 1882 que les jugements étrangers, *même les ordonnances rendues en territoire français par des consuls étrangers en vertu des pouvoirs leur appartenant*, qui modifient l'état et la capacité d'un étranger ont même valeur en France que la loi étrangère en vertu de laquelle ils ont été rendus.

« Attendu, dit-il qu'en l'espèce, l'ordonnance du Consul « d'Espagne en restreignant la capacité du défendeur et « en conférant la qualité de curateur à la défenderesse, « suivant les pouvoirs que cet agent tient de la législa- « tion espagnole attestés par les documents de la cause, « ne fait qu'établir une situation légale qui s'impose au « prodigue, par l'effet seul de la sentence, et devient par « cela même la règle de ceux qui voudraient contracter « avec lui » (1).

Cette façon de procéder a pourtant soulevé quelques critiques (2). On s'est demandé s'il était bien régulier qu'en l'absence d'un traité l'y autorisant formellement un

(1) J.D.I.P. 1883 p. 51.
(2) *Revue critique* 1883. p. 733.

agent étranger fît ainsi acte d'autorité et de juridiction sûr notre territoire. La question est évidemment des plus douteuses ; il est cependant à désirer que les susceptibilités du principe de souveraineté ne s'alarment pas inutilement, et on ne peut qu'approuver la tolérance du Tribunal de la Seine en pareille matière.

En résumé, les règles suivies par la jurisprudence française donnent une satisfaction sinon complète du moins assez large à l'intérêt des aliénés et des prodigues. Peut-être pourrait-elle encore faire un pas de plus et statuer d'une façon régulière sur tous les cas qui lui sont soumis, avec cette réserve que les mesures adoptées par elle prendraient fin dès que les tribunaux compétents des pays dont ressortissent les incapables auraient organisé définitivement la protection à laquelle ils ont droit. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour suprême de Vienne du 31 juillet 1878. « Considérant, dit-elle, que « si A et son épouse sont de nationalité hongroise, ils « n'ont pas perdu leur nationalité par l'établissement de « leur domicile à Vienne ; que ce domicile, conformé- « ment à la disposition de l'article 183 de la patente im- « périale du 9 août 1854 relative au cas analogue d'un « tuteur à nommer à des mineurs étrangers se trouvant « en Autriche, donnait au Tribunal civil de Vienne le « pouvoir de nommer un curateur à A et à son épouse, à « titre de mesure provisoire, sans que cela enlevât au « Tribunal compétent du pays de A et de son épouse, le « droit de décider définitivement d'après les lois de ce « pays, il y avait lieu à curatelle pour cause de prodiga- « lité et dans quelle mesure la capacité des époux A de- « vait être restreinte, charge le Tribunal civil d'examiner « à nouveau si les époux A appartiennent bien à la natio-

« nalité hongroise et dans le cas de l'affirmative de donner « avis à l'autorité hongroise compétente de l'organisation « de la curatelle afin qu'elle prenne les mesures définiti- « ves nécessaires » (1). Il est vrai que notre législation ne possède pas l'équivalent de la disposition contenue dans l'art. 183 de la patente autrichienne du 9 août 1854, mais ce ne sont pas les motifs qui feraient défaut à nos tribunaux pour justifier une manière d'agir identique.

D'après Fiore, c'est la juridiction nationale qui doit en principe connaître des questions d'état concernant les étrangers, mais cet auteur paraît enclin spécialement en matière d'interdiction judiciaire à attribuer au Tribunal du lieu du domicile une compétence spéciale comme *forum d'exception*.

« L'exclusion absolue, dit-il, en de telles circonstances « de la juridiction du Tribunal du pays où demeure l'é- « tranger équivaudrait à une grave atteinte aux intérêts « de cet étranger. Il suffit de considérer la nature de l'insti- « tution juridique de l'interdiction et la nécessité d'agir « sans délai pour comprendre que l'interdiction judiciaire « doit être prononcée au lieu où l'aliéné se trouve. On peut « seulement soutenir avec raison que le domicile doit être « requis pour attribuer la compétence spéciale en matière « d'interdiction, ou que tout au moins on doit exiger une ré- « sidence prolongée pendant un nombre considérable d'an- « nées, résidence qui, ou bien constituerait un véritable « domicile ou acquerrait la même efficacité au point de vue « de la compétence. Mais la simple demeure ne doit jamais « suffire... La théorie admise dans un arrêt de la cour de « Lucques qui a considéré la simple résidence et même la

(1) J.D.I.P. 1883, p. 72.

« simple demeure comme suffisantes pour prononcer l'in-
« terdiction d'un étranger, ne nous paraît pas dès lors
« admissible... » (op. cit. n° 475).

Je ne me suis occupé jusqu'ici que de la question de compétence, en laissant de côté la détermination de la loi à appliquer par les tribunaux pour prononcer l'interdiction d'un étranger. Je vais maintenant dire quelques mots à ce sujet.

Lorsqu'il s'agit simplement de mesures provisoires prises au nom de l'ordre public, ces mesures, ainsi que je l'ai déjà fait observer, seront toujours organisées en conformité de la législation française. Mais en supposant qu'il y ait lieu de prononcer l'interdiction d'un insensé que la justice de son pays se refuse à couvrir de sa protection, quelle loi observeront nos tribunaux dans ce cas où l'on a vu qu'ils se reconnaissaient compétents. En ce qui concerne les formes de procéder, il ne peut y avoir de doute : il faudra toujours suivre la *lex fori*; mais *quid*, quant au fond du droit à appliquer ?

La matière de l'interdiction rentre évidemment au premier chef dans le statut personnel, puisqu'il s'agit de modifier, de changer l'état de l'individu en cause. C'est donc conformément aux règles que j'ai précédemment exposées à la loi personnelle de ce dernier, qu'il faudra se référer pour connaître les conditions auxquelles il pourra être soumis à la mesure de protection requise. C'est cette loi qui énoncera les motifs d'interdiction qui désignera les personnes qui auront le droit de le requérir (1) qui en

(1) Toutefois dans les cas ou le ministère public a le droit et le devoir de provoquer l'interdiction contre un national, il a également ce même droit et ce même devoir vis-à-vis d'un étranger. Cette solution est commandée par les exigences de l'ordre public. — Weiss op. cit. p. 431. — Fiore op. cit. n° 476.

fixera les effets. « A la loi personnelle encore, dit à ce su-
« jet M. Weiss, il revient de déterminer les effets de
« l'interdiction soit par rapport à la personne, soit par rap-
« port aux biens de l'interdit, même en pays étranger.
« Elle décidera s'il doit être mis en tutelle ou assisté d'un
« curateur, et dans un cas comme dans l'autre, elle déter-
« minera ceux qui seront appelés à remplir auprès de lui
« cette mission de protection. L'Italien interdit en France
« aura pour tuteur légal son père, le Français interdit en
« Italie sera assisté d'un tuteur nommé par son conseil
« de famille. Enfin, les attributions du tuteur et du cura-
« teur, les garanties qui devront être exigées d'eux ainsi
« que la capacité conservée par l'interdit seront mesurées
« par la loi personnelle de ce dernier » (1).

On sait que par la loi personnelle il faut entendre la loi nationale, dans le système que j'ai adopté.

J'ai admis aussi que nos tribunaux devaient statuer sur une demande en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, quand la loi nationale de l'étranger en cause attribuait compétence à la loi du domicile, mais dans ce cas encore, quelle loi faudra-t-il appliquer quant au fond du droit? Ainsi une demande en interdiction est formée en France contre un Anglais aveugle de naissance. Si l'on observe sa loi nationale il faudra l'interdire : si au contraire on tient compte du renvoi fait par la loi anglaise à la loi du domicile, la demande devra être repoussée, la loi française ne reconnaissant pas ce motif d'interdiction. J'ai fait remarquer précédemment que la jurisprudence française après avoir accepté longtemps le renvoi dont s'agit, paraissait prendre une nouvelle orientation et faire dans tous les cas application de la loi nationale.

(1) Weiss op. cit. p. 431. — Fiore op. cit. nº 478.

Pour tout ce qui concerne les effets sur le territoire d'une nation déterminée d'une interdiction régulièrement prononcée par une juridiction étrangère à cette nation, il y a lieu de se reporter aux règles que j'ai exposées au sujet de la tutelle des mineurs ; je ne pourrais que tomber ici dans des redites. Ces règles peuvent d'ailleurs se résumer en une seule : les autorités locales devront tolérer le libre exercice des pouvoirs que possèdent les tuteurs, curateurs ou conseils sur la personne et sur les biens des insensés et des prodigues dont la protection leur a été remise, tant que ces pouvoirs ne heurteront pas les dispositions qui, d'après la législation dont elles relèvent elles-mêmes, appartiennent à l'ordre public international, auquel cas l'empire de la loi territoriale s'impose à tous (1).

C'est un principe aujourd'hui à peu près universellement reconnu, que les jugements prononcés par les tribunaux étrangers au sujet de l'état des étrangers jouissent en France par eux-mêmes de l'autorité de la chose jugée, et qu'ils ne doivent être soumis à la formalité de l'*exequatur*, que lorsqu'il s'agit de leur faire produire des mesures d'exécution ~~contre des tiers~~. La jurisprudence paraît définitivement engagée dans ce sens, malgré quelques décisions isolées en sens contraire (2). Mais une difficulté s'est élevée sur le point de savoir si les jugements étrangers possèdent cette autorité indépendamment de toute publicité en France. La question diversement appréciée a été récemment soumise au Tribunal de la Seine qui, par

(1) La jurisprudence anglo-américaine suit naturellement en matière d'interdiction les mêmes errements qu'en matière de tutelle des mineurs, et elle refuse en principe tout effet au jugement d'interdiction rendu en pays étranger.

(2) Voir J. D. I. P. 1890 p. 464 et s. — Demolombe, I, n° 103. — Aubry et Rau, I, p. 96, al. 2 et note 35.

un jugement du 28 mars 1893, s'est prononcé avec fermeté pour l'affirmative.

« Attendu, dit le Tribunal, qu'il est de principe que les « lois concernant l'état et la capacité des personnes ré- « gissent ces personnes, en quelque lieu qu'elles se trou- « vent, même en dehors de leur pays d'origine ; que cette « règle édictée en l'article 3 du Code Civil pour les Fran- « çais résidant en pays étranger est observée en France « pour les étrangers qui y résident ; — Attendu que ce « qui est dit des lois concernant l'état et la capacité des « personnes, doit s'entendre également des décisions judi- « ciaires régulières et conformes aux lois qui ont apporté « des modifications dans la capacité des personnes et no- « tamment, des jugements d'interdiction ou de dation de « conseil judiciaire qui frappent ceux qui en sont l'objet « qu'il suit de là que l'étranger, muni d'un conseil judiciaire « ou interdit dans son pays et dont la capacité a été res- « treinte, se trouve, en France, lorsqu'il y vient plaider, « avec la capacité restreinte du jugement étranger qui « a modifié son statut personnel, — que dès lors on ne « saurait, en France, pas plus se prévaloir de l'ignorance « où l'on a pu être du jugement modificatif de sa capa- « cité non publié en France, qu'on ne saurait se prévaloir « de l'ignorance de la loi étrangère qui n'est pas non plus « publiée ni connue en France, — qu'il est donc constant « qu'un pareil jugement doit produire effet en France in- « dépendamment de toute publicité spéciale » (1).

Les motifs adoptés par le tribunal de la Seine me paraissent irréprochables. Les partisans de l'opinion contraire invoquent l'intérêt des tiers ; mais s'il est vrai que l'intérêt des tiers soit un des criteriums auxquels on recon-

(1) J. D. I. P. 1893 p. 862.

naît que telle ou telle mesure est d'ordre public, il ne faut cependant pas exagérer la portée de cette idée, sinon on en arriverait bien vite à proscrire absolument l'application de toute loi étrangère sur notre territoire. C'est le cas de dire : *Est modus in rebus.*

Toutes les explications qui précèdent ne s'appliquent pas à l'hypothèse où une personne étrangère est internée chez nous dans une maison de santé, en vertu de la loi de 1838. La mesure en question ne pourrait jamais être prise contre un étranger qu'en vertu de l'article 3 Code Civil (al. 1) et les mesures accessoires susceptibles d'en découler au point de vue de l'administration des biens de cet étranger, ne devraient être organisées que sous la pression d'une nécessité absolue. Dans tous les cas, l'état et la capacité de cet étranger n'en seraient pas affectés. Il y aurait lieu seulement de reconnaître la compétence provisoire des autorités locales « pour les actes, dit M. Brocher, qui tiennent « à la procédure, comme lorsqu'il s'agit de représenter « l'aliéné dans un procès ou un inventaire, et pour d'autres « actes de protection présentant une grande urgence » (op. cit. n° 113).

Il faudrait de même ne tenir aucun compte chez nous au point de vue de son état et de sa capacité, de l'internement d'un Français dans une maison de santé située en pays étranger, même au cas où la législation de ce pays aurait organisé un régime analogue à celui de la loi de 1838. Toutefois en fait, il serait bien difficile à nos tribunaux de ne pas être influencés par une semblable circonstance, s'il s'agissait d'apprécier la validité d'un testament ou d'une donation entre vifs fait par la personne qui aurait été l'objet de cette mesure rigoureuse (1).

(1) Weiss, op. cit. p. 430. — Brocher, op. cit. n° 113.

§ II

Incapacités résultant de condamnations pénales

« Les condamnations pénales peuvent en principe exer-
« cer une influence sur la condition juridique et sur la
« capacité des personnes. Ainsi l'état de filiation naturelle
« peut résulter indirectement d'une sentence pénale ; l'é-
« tat de conjoint peut aussi en dériver quand la preuve
« de la célébration légale du mariage est fondée sur le
« résultat d'un procès pénal. De même, une condamna-
« tion pénale peut entraîner à l'encontre de celui qui en
« est l'objet l'incapacité d'exercer certains droits et la perte
« de la jouissance d'autres droits (1) ».

Une des questions les plus délicates du droit international est celle de savoir si les effets d'un jugement pénal, en ce qui concerne les modifications qu'ils apportent à la capacité du condamné, doivent être reconnus en dehors du pays où la condamnation a été prononcée.

Les partisans de la négative font observer que le principe de l'indépendance des souverainetés ne permet pas d'autoriser sur le territoire d'un État l'exécution des jugements rendus en matière pénale par les tribunaux étrangers. Or, s'il est vrai que les incapacités attachées à certaines condamnations n'en sont qu'une suite et une conséquence affectant l'état du condamné indépendamment de toute mesure d'exécution, il n'en est pas moins aussi certain qu'on ne peut les reconnaître, sans reconnaître en même temps la validité du jugement d'où elles découlent.

(1) Fiore, op. cit. n° 479.

« Si l'intérêt commun à la répression des délits, dit la « Cour de Cassation de Rome, a fait prévaloir dans la « science et admettre dans les législations, non pas cepen- « dant d'une façon absolue, mais sous certaines détermi- « nations spéciales, le principe de l'exterritorialité des « lois pénales pour attribuer aux Tribunaux de l'État une « juridiction même à l'égard des délits commis sur le « territoire d'un autre État, la conception de solidarité « des autres nations ne saurait être poussée jusqu'à recon- « naître une efficacité aux jugements prononcés à l'étran- « ger en matière pénale, de façon à pouvoir produire de « plein droit leurs effets dans l'État, soit quant à la peine « afflictive ou principale soit encore quant à toutes les « autres conséquences accessoires des condamnations. Ces « jugements ne peuvent avoir d'autre autorité que celle de « la souveraïneté au nom de laquelle ils ont été rendus et « expirent avec elle aux limites de son territoire (1) ».

Cette manière de voir a paru trop absolue à quelques auteurs qui proposent des distinctions.

Fiore estime que « les incapacités dont serait frappé « le condamné comme conséquences de la condamnation « aux termes de la loi de sa patrie, devraient être ad- « mises en principe, même dans les pays étrangers ». Il appuie son opinion sur les raisons suivantes de M. Demangeat : « Du moment, dit ce dernier auteur, que l'on « admet que le statut personnel régit l'état et la capacité « des personnes, il n'y a point à distinguer pour quel mo- « tif l'état ou la capacité est affecté ; il n'y a point à dis- « tinguer non plus s'il est affecté immédiatement en vertu « d'une disposition générale de la loi ou seulement à la

(1) Arrêt cité par Fiore nº 481.

« suite d'une déclaration judiciaire. Il y a uniquement à « voir si le jugement est régulier d'après la loi des juges « qui l'ont rendu ».

Cette règle devrait être entendue avec cette réserve que les incapacités entrainées par la condamnation cesseraient absolument d'être reconnues, si elles portaient une atteinte quelconque au droit public territorial. Ainsi pour ne citer qu'un exemple, la mort civile n'étant admise ni en Italie ni en France, l'individu condamné sous l'empire d'une législation dans laquelle cette peine est encore inscrite, n'y serait pas soumis sur le territoire de ces deux nations.

Fiore examine ensuite le cas d'un citoyen jugé et condamné par un tribunal étranger à une peine dont dérivent certaines incapacités légales, et il ne pense pas que l'on puisse soutenir d'une façon absolue que ces incapacités doivent rester sans effet sur le territoire italien. « Pour « résoudre la controverse suivant les justes principes, dit-il, « nous ferons avant tout remarquer que les incapacités « qui peuvent, d'après la loi du lieu du délit, dériver de « la condamnation, ne peuvent modifier l'état et la capa- « cité juridiques du condamné aux termes de la loi de sa « patrie, et cela parce qu'aucun législateur ne doit être « considéré comme compétent pour régler l'état et la capa- « cité juridiques d'un étranger, cette faculté appartenant « seulement au législateur de l'État dont chacun est ci- « toyen. Nous admettons donc le principe que les magis- « trats de la patrie du condamné, peuvent seulement ad- « mettre les modifications de l'état et de la capacité qui « dérivent de la condamnation pénale d'après la loi de « son propre pays, et nous sommes d'avis qu'ils doivent « regarder ces effets comme la conséquence légale du fait

« juridique lui-même, en admettant la sentence pénale « étrangère comme efficace, pour établir l'état du condamné « même à l'égard de la loi de son pays, et pour en déduire « les modifications de l'état et de la capacité personnelle « qui dérivent de la condamnation pénale qui a acquis « l'autorité de la chose jugée. »

Les magistrats nationaux auraient toutefois, d'après l'éminent jurisconsulte, le devoir de s'assurer si la sentence pénale étrangère est bien véritablement un *fait juridique* de nature à entraîner des conséquences légales, ce qui impliquerait l'examen des circonstances dans lesquelles elle a été rendue. Ils devraient notamment s'assurer que le pays auquel appartient la juridiction dont elle émane est à un niveau suffisant de civilisation, que les droits de la défense y sont assurés et qu'il y existe un système de lois constitutionnelles et de procédure suffisantes pour faire présumer la justice de la condamnation (1).

En France, M. Weiss admet la même distinction que Fiore entre le cas où le condamné a été frappé par sa juridiction nationale et celui où il a été frappé par une juridiction qui lui est étrangère.

Dans le premier cas, les conséquences légales de sa condamnation doivent suivre le condamné en pays étranger. « La loi en vertu de laquelle le Français a été condamné « a action sur lui, non seulement à raison du droit de po- « lice qui appartient à l'État Français sur tous ceux qui « se trouvent en France, mais encore à raison de sa na- « tionalité. Elle est pour lui une loi personnelle et les res- « trictions qu'elle apporte, par le ministère des tribunaux « chargés de l'interpréter à sa capacité, doivent le suivre « hors de France, comme le fait la loi qui fixe sa majo-

« rité, comme le fait le jugement civil qui prononce son « interdiction ».

En revanche, M. Weiss refuse tout effet aux incapacités prononcées par une juridiction criminelle contre un étranger en dehors du pays où elles l'ont frappé : « Reposant « sur l'intérêt exclusif de la souveraineté territoriale et « déterminées par elle, ces incapacités font bon marché « de la personne et de la nationalité de l'étranger pour ne « s'attacher qu'au fait qu'il a commis, à la lésion qu'il a « fait subir à la société locale ; elles ne peuvent donc avoir « effet au-delà des limites où cette souveraineté s'exerce : « *clauduntur territorio*, parce qu'alors l'intérêt de l'État « et son droit de défense s'évanouissent, le condamné re- « tombe sous l'empire de sa loi personnelle (1). »

Je me borne à résumer sommairement la controverse qui s'est élevée sur cette matière, en raison des difficultés spéciales qu'elle soulève et dont je ne saurais sans témérité aborder un examen approfondi. Si cependant je devais donner un avis personnel, prenant surtout en considération le principe de solidarité des nations et leur intérêt commun à la répression des crimes et des délits en général, je me rallierais à la solution admise par MM. Surville et Arthuys. « Les incapacités de droit, « mettent avant tout en jeu une question d'état. Or, il est « admis à bon droit que les décisions rendues par les tri-

(1) Weiss, op. cit. p. 433 et s., — « Quant aux jugements prononcés à l'étranger, dit M. Brocher, nous croyons qu'il faut distinguer : s'agit-il de nationaux ? L'art. 3 du Code qui les soumet rigoureusement à la loi française, paraît par cela même les soustraire aux conséquences pouvant résulter de lois pénales étrangères. S'agit-il d'étrangers ? Il faudrait s'en référer à leur loi nationale, sauf à lui voir subir les restrictions dont nous avons parlé précédemment. — R. D. I. 1871 p. 439.

« bunaux étrangers relativement à l'état et à la capacité « des personnes, peuvent être invoquées en France indé- « pendamment de tout *exequatur*. Cette règle, je l'ap- « plique ici, sans distinguer, comme on le propose géné- « ralement, entre le cas où le condamné a été frappé par sa « juridiction nationale, et celui où il l'a été par une juridic- « tion qui lui est étrangère, et à raison d'une infraction qu'il « a commise alors qu'il était sur le territoire où elle fonc- « tionne. J'admettrais seulement volontiers pour les con- « damnés le droit de faire réviser par les juges de leur « pays la sentence qui, rendue à l'étranger, les frappe « d'incapacités » (op. cit. p. 325).

Quelques rares législations ont édicté des dispositions spéciales au point de vue dont il s'agit, pour le cas où un de leurs ressortissants aurait été condamné par des tribunaux étrangers. On peut citer :

1° Le Code Pénal italien de 1889 dont l'art. 8 in fine est « ainsi conçu : « si le citoyen pour un délit quelconque « commis par lui, a subi à l'étranger une condamnation, « produisant d'après les lois italiennes, l'interdiction des « fonctions publiques ou toute autre incapacité comme « peine ou comme effet de la condamnation pénale, l'au- « torité judiciaire, sur réquisition du ministère public, « peut déclarer que la sentence prononcée à l'étranger « produit dans le royaume l'interdiction et les incapa- « cités sus-indiquées, sauf aux condamnés le droit de « requérir en ce cas la révision de la sentence rendue à « l'étranger. »

2° Le Code Pénal de l'empire d'Allemagne (art. 37) : « Si un Allemand a été puni à l'étranger pour un crime « ou un délit qui, d'après les lois de l'empire d'Allemagne, « peut avoir pour conséquence la privation des droits

« civiques honoriques d'une façon générale, ou de cer-
« tains droits spéciaux, on pourra ouvrir une nouvelle
« instance pénale pour décréter contre lui cette privation
« quand il est reconnu coupable. »

3° Le Code Pénal Badois (§ 9) « Les sentences pénales
« étrangères produisent les mêmes effets que les sen-
« tences des tribunaux badois, relativement à la perte des
« droits civiques et des fonctions publiques, et au droit
« qui appartient au gouvernement de destituer ou de sus-
« pendre le condamné d'une fonction. Toutefois celui-ci
« a le droit de demander que le Tribunal compétent du
« pays décide s'il aurait été condamné pour le même délit
« suivant les lois du pays, et si la condamnation aurait
« eu les mêmes conséquences. »

La loi française est muette sur le même sujet. Dans ces conditions la Cour de Cassation appelée à statuer sur le point suivant : Un Français condamné pour crime ou délit à l'étranger peut-il être inscrit comme électeur sur les listes électorales d'une commune francaise ? a dénié tout effet à la sentence étrangère et ordonné l'inscription du condamné, contrairement aux conclusions de l'avocat général Fabre. (Arrêt du 14 avril 1868. Sirey 1868, 1, 183).

« Il est triste de penser, dit M. Hérold, qu'un Français
« condamné comme assassin en Belgique et en Angleterre
« pourrait réclamer et devrait obtenir son inscription sur
« la liste électorale en France. La loi est à modifier. La
« loi à faire devrait ordonner la révision de la condamna-
« tion par le Tribunal français du lieu où l'inscription est
« réclamée, en limitant l'effet de la révision au seul point
« en litige » (1)...

(1) Le Droit électoral devant la Cour de Cassation n° 26. — J. D. I. P. 1878 p. 490 et 491.

Il est presque inutile d'ajouter encore que les conséquences légales d'une sentence étrangère au point de vue de la capacité des personnes sont sans effet en Angleterre.

« Les incapacités résultant des lois pénales étrangères « ne sont pas reconnues en Angleterre, dit Westlake. Une « personne qui a été condamnée dans un pays étranger « peut exercer ses actions en Angleterre, pour toutes les « choses qui ne sont pas matériellement assujetties à la « législation qui l'a frappée. C'est ainsi que le droit anglais « a été déclaré par des juges aussi éminents que lords « Longhborough et Ellenborough et sir F. Buller ; quoique « le juge Grove, moins éminent comme autorité, se fût « borné avec plus de raison à déclarer que les lois pénales « d'un pays ne peuvent rien sur les droits des citoyens « d'un autre pays » (1).

(1) J. D. I. P. 1882 p. 25. — Dans un sens aussi exclusif, voir Aubry et Rau, I, p. 98. « Quant aux arrêts par lesquels des tribunaux criminels étrangers auraient, directement ou indirectement, modifié la capacité juridique d'un étranger, les tribunaux français ne doivent y avoir aucun égard. »

Projet de règlement international des tutelles de mineurs étrangers adopté par l'Institut de Droit International

(*Session de Hambourg, septembre 1891*)

1. — Lorsqu'un étranger ayant sa résidence habituelle dans un pays, décède laissant des enfants qui, d'après leur loi nationale, sont encore mineurs, la personne chargée de la tenue du registre des décès, doit informer de cette circonstance, dans un délai de... jours, les autorités de ladite résidence.

2. — Ces autorités inscrivent, à sa date, l'avis transmis par le préposé, au registre tenu à cet effet, et, dans le délai de... jours, en adressent un extrait au ministère des affaires étrangères de leur pays, pour être transmis, par ses soins, à la mission diplomatique ou au poste consulaire de l'État dont relevait le défunt et, à défaut de mission diplomatique et de consulat, au gouvernement dudit État.

3. — Si la localité où résidait habituellement le défunt est comprise dans une circonscription consulaire de l'État auquel il ressortissait ou auquel ressortissent ses enfants, l'avis émané des autorités locales doit toujours, en dernière analyse, être adressé au consul soit par lesdites autorités, soit par son propre gouvernement ou la légation, saisis en vertu de l'article 2.

4. — Le consul inscrit, à son tour, cet avis sur un registre spécial et met la famille des mineurs en demeure de lui faire connaître, dans un délai de... jours, si elle a gardé avec son pays d'origine des liens suffisants pour y faire constituer la tutelle des mineurs, ou s'il y a lieu de la faire constituer soit sous les auspices du consulat, soit par les autorités locales, à titre de tutelle unique ou de protutelle. La réponse de la famille est inscrite dans une colonne spéciale du même registre.

5. — Si, de la réponse de la famille, il appert que la tutelle peut être constituée dans le pays d'origine, le consul met la famille en demeure de se pourvoir, dans un délai de... jours, devant les autorités compétentes dudit pays et prévient immédiatement celles-ci par une lettre directe, contenant les renseignements qu'il a été à même de recueillir. Mention sommaire est faite de cette lettre sur le registre spécial indiqué à l'article précédent. Aussitôt que la tutelle est constituée, le consul en est informé, à son tour, par lesdites autorités ; il inscrit le fait sur le registre, en mentionnant les nom, prénoms, profession et

domicile du tuteur nommé, et prévient les autorités locales. Sa propre inscription le décharge de tout devoir ultérieur quant à la tutelle des mineurs dont il s'agit, et son avis aux autorités locales produit le même effet, en ce qui les concerne, aussitôt qu'il a été transcrit sur le registre mentionné à l'article 2.

En cas de changement ultérieur dans la personne du tuteur, le consul et les autorités locales doivent en être informés en la même forme que de la nomination primitive.

6. — Lors, au contraire, qu'il appert de la réponse de la famille que la tutelle ne peut pas être constituée dans le pays d'origine, le consul procède, au lieu et place des autorités tutélaires de son pays, et surveille ou dirige l'organisation de la tutelle, en se conformant, autant que les circonstances le permettent, aux diverses dispositions et recommandations de sa loi nationale et en s'inspirant, avant tout, de l'intérêt bien entendu des mineurs à assister. Aussitôt que la tutelle a été ainsi constituée, le consul inscrit sur son registre spécial tous les actes relatifs à l'organisation et avise les autorités locales, ainsi qu'il est dit à la fin de l'article précédent.

7. — Si le consul n'est pas en mesure de constituer la tutelle, faute de nationaux, de parents ou d'alliés des mineurs, aptes à en assumer la charge et disposés à l'accepter dans la mesure où ils seraient libres de la décliner, il en donne immédiatement avis aux autorités tutélaires locales, en mentionnant le fait et les motifs sur son registre. Ces autorités procèdent alors comme pour leurs nationaux, sous les réserves indiquées à l'article III des Principes, et font connaître au consul, pour être inscrit sur son registre, le nom du tuteur désigné par elles et éventuellement celui du remplaçant de ce tuteur.

8. — Si, dans les quatre mois à compter du décès, le consul ou les autorités tutélaires locales n'ont pas reçu notification de la constitution de la tutelle, un rappel est adressé par leurs soins aux autorités nationales qui, en vertu de l'article 5 ci-dessus, avaient été saisies de l'affaire en première ligne.

9. — Au bout de six mois, sauf prolongation motivée du délai, les autorités locales, prévenues conformément à l'article 1er, adressent une dernière mise en demeure aux autorités nationales Si elle reste sans effet pendant trente jours à partir de sa date, celles-ci sont définitivement dessaisies, et la tutelle est organisée par les soins des premières, conformément à l'article III des Principes.

10. — Dans les cas prévus aux article 6, 7 et 9, communication de la constitution de la tutelle est donnée au gouvernement de l'État auquel ressortissent les mineurs ; et ce gouvernement en informe son propre consul dans le cas de l'article 9.

11. — Lorsque, en vertu de l'article V des Principes, un consul ou

les autorités tutélaires locales sont appelées, vu l'urgence, à faire un acte de tutelle, elles l'inscrivent sur leur registre spécial, en indiquant les motifs de leur intervention.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1. — A aucun moment, les tuteurs n'ont eu la propriété des biens des mineurs.

2. — Le procédé de la *gestio* a précédé celui de *l'auctoritas*.

3. — En matière de nomination de tuteurs, la compétence des magistrats était déterminée par la situation des biens du pupille.

4. — Le tuteur donné *propter rerum notitiam*, n'était pas nécessairement étranger à l'administration des biens du pupille.

5. — Le *concubinatus* était une union reconnue produisant des conséquences légales.

6. — La femme ne pouvait pas renoncer au bénéfice du Sénatus-Consulte Vélleïen.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. — Les étrangers, autres que les ascendants, doivent être exclus en France des fonctions tutélaires.

2. — La loi qui doit régir la tutelle est la loi nationale

du mineur. — Ce principe doit être observé en France, même quand son application a pour résultat d'enlever au survivant des époux, de nationalité française, le bénéfice de la tutelle légale.

3. — Un mineur français ayant des biens en pays étranger, le conseil de famille peut, selon les circonstances, établir à leur égard une protutelle distincte et indépendante.

4. — Au cas ou la vente des immeubles appartenant à un mineur français et situés dans un pays étranger est renvoyée dans ce pays, il y a lieu de se conformer pour les formes de la vente à la règle : *Locus regit actum.*

5. — La capacité d'un étranger doit être appréciée en France d'après sa loi nationale, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du préjudice qui peut en résulter pour le Français qui a contracté avec lui, même si ce dernier n'a commis ni légèreté, ni imprudence. De plus, les Tribunaux français doivent en matière d'état et de capacité, appliquer leur loi nationale aux étrangers domiciliés en France, malgré le renvoi fait par cette dernière à la loi du domicile.

6. — Les personnes morales étrangères, ont en France, sans reconnaissance nouvelle de la part de la loi française, la jouissance des droits civils et elles sont régies par la loi du pays où elles ont été instituées, autant que leur nature le comporte.

7. — L'hypothèque légale des mineurs ne doit plus aujourd'hui être considérée comme faisant partie des droits civils *stricto sensu,* et par suite la jouissance doit en être attribuée aux mineurs étrangers à qui cette garantie appartient d'après leur propre législation.

8. — Lorsqu'une personne mise en faillite a des biens

dans divers pays, il doit suffire d'une seule faillite déclarée au lieu du principal établissement, et c'est la loi de l'État où la faillite est déclarée qui doit régir ses effets dans tous ces pays.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

1. — Le père, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs, peut aliéner les immeubles leur appartenant sous la condition d'être autorisé par la justice.

2. — Dans le cas prévu par l'article 315 du Code Civil, l'enfant né le 300e jour depuis la dissolution du mariage doit être déclaré illégitime.

3. — La reconnaissance d'un enfant naturel peut avoir lieu après sa mort, même s'il n'a pas laissé de descendants.

4. — Au cas de reconnaissance opérée pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que son époux, les libéralités par lui faites à l'enfant naturel, s'il existe des enfants issus du mariage, doivent s'exécuter dans les limites de la quotité disponible.

DROIT PÉNAL

1. — Les infractions énumérées par l'article 2 de la loi du 27 juin 1866 ne peuvent être poursuivies en France, que si en dehors des conditions prévues par cet article,

elles se trouvent encore dans les conditions qui sont exigées quand il s'agit d'un délit contre un particulier.

2. — Lorsqu'une loi nouvelle modifie la durée de la prescription du droit de poursuivre, on doit appliquer la loi la plus favorable à l'auteur de l'infraction.

Vu par le Président de la thèse,

F. SURVILLE.

Vu : le Doyen,

LE COURTOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Recteur,

GABRIEL COMPAYRÉ

TABLE DES MATIÈRES

Droit Romain

Des garanties accordées aux pupilles contre la gestion des tuteurs

INTRODUCTION. — Esquisse historique..... 1

CHAPITRE PREMIER. — Garanties résultant pour les pupilles des obligations imposées aux tuteurs à leur entrée en fonctions. 8

§ I. — De l'Inventaire..... 8

§ II. — De la Caution..... 10

CHAPITRE DEUXIÈME. — Garanties au cours de la tutelle..... 18

§ I. — Des pouvoirs des tuteurs sur les biens de leurs pupilles et de leur mode d'exercice. — Théorie de M. Gérardin sur ces pouvoirs à l'origine..... 18

§ II. — Restrictions apportées aux pouvoirs des tuteurs.... 28

1° Relativement aux aliénations..... 28

2° Relativement à la liberté d'emploi des fonds des pupilles..... 43

§ III. — Du crimen suspecti..... 50

§ IV. — De la suspension de la prescription..... 58

CHAPITRE TROISIÈME. — Garanties à la fin de la tutelle..... 60

§ I. — Actions qui naissent de la tutelle..... 60

1° Actio tutelæ..... 60

2° Actio ex stipulatu..... 79

3° Actio subsidiaria..... 82

4° Actio de rationibus distrahendis..... 86

§ II. — Du privilegium et de l'hypothèque légale..... 88

§ III. — De l'in integrum restitutio..... 96

CONCLUSION. — Quelques réflexions sur le système de garanties du droit romain comparé à celui de notre droit français moderne..... 106

Droit Français

Des mesures de protection des mineurs et des interdits en Droit International

ÉTUDE SUR LES CONFLITS DE LOIS

INTRODUCTION. — La tutelle est-elle accessible aux étrangers? 115

CHAPITRE PREMIER. — Du statut de la tutelle. — Examen du cas où le tuteur légal et le pupille sont de nationalité différente. 155

CHAPITRE DEUXIÈME. — De la constitution de la tutelle. — Des personnes appelées à la gestion ou au contrôle de la tutelle. 180

CHAPITRE TROISIÈME. — Du fonctionnement de la tutelle..... 210
Considérations générales..... 210
Des obligations du tuteur..... 212
De l'administration du tuteur..... 214
§ I. — Des pouvoirs du tuteur sur la personne..... 214
§ II. — Des pouvoirs du tuteur sur les biens..... 217

CHAPITRE QUATRIÈME. — De la fin de la tutelle et des garanties accordées aux mineurs contre les tuteurs, spécialement de l'hypothèque légale..... 249

CHAPITRE CINQUIÈME. — De l'Émancipation et de la Curatelle.. 263

APPENDICE. — Quelques réflexions sur la tutelle des interdits et les incapacités résultant de condamnations pénales..... 271

Projet de règlement international des tutelles de mineurs étrangers adopté par l'Institut de Droit International..... 292

Orléans. — Imp. G. MORAND, 47, rue Bannier.